

---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula  
*Presidente*

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen  
*Vice-Presidente*

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
*Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho*

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho *(presidente)*

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(suplente)*  
*Comissão de Documentação*

**Ano 79 – nº 3 – jul. a set. – 2013**

**LEX MAGISTER**

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensão, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007-jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

**Coordenação:** Comissão de Documentação

**Organização e Supervisão:** Ana Celi Maia de Miranda

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

**Capa:** Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

**Editoração Eletrônica:** Editora Magister

*Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br).*

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Setor de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Emmanoel Pereira  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Órgão Especial**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministra Dora Maria da Costa  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

### **Primeira Turma**

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

### **Segunda Turma**

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Desembargador Valdir Florindo (Convocado)

### **Terceira Turma**

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

### **Quarta Turma**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

## **Quinta Turma**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

## **Sexta Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Oitava Turma**

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



**CARLOS ALBERTO**  
Presidente



**BARROS LEVENHAGEN**  
Vice-Presidente



**IVES GANDRA FILHO**  
Corregedor-Geral



**JOÃO ORESTE DALAZEN**



**BRITO PEREIRA**



**CRISTINA PEDUZZI**



**RENATO PAIVA**



**EMMANOEL PEREIRA**



**LELIO BENTES**



**ALOYSIO VEIGA**



**VIEIRA DE MELLO  
FILHO**



**ALBERTO BRESCIANI**



**MARIA DE ASSIS  
CALSING**



**DORA COSTA**



**FERNANDO EIZO ONO**



**GUILHERME  
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO  
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA  
DA COSTA**



**MAURÍCIO GODINHO  
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES  
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR  
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO  
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES  
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS  
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA  
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**



# Sumário

## DOCTRINAS

1. A proteção do trabalho assalariado no Brasil  
*Fábio Konder Comparato* .....17
2. Processo judicial eletrônico – PJE e o *due process of law*  
*Alexandre de Azevedo Silva* .....30
3. O trabalho da mulher e o princípio da igualdade  
*Eneida Melo Correia de Araújo*.....46
4. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público  
*Eneque Ribeiro dos Santos e Bernardo Cunha Farina*.....63
5. A coisa julgada progressiva na reclamatória trabalhista: o prazo para a propositura de ação rescisória das resoluções parciais de mérito na justiça laboral  
*Fernanda dos Santos Nunes*.....104
6. O artigo 8º: o “pulmão” da Consolidação das Leis do Trabalho  
*Firmino Alves Lima*.....128
7. Meio ambiente do trabalho e poder público: crítica à Portaria nº 66, de 22 de julho de 2013, da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia (SRTE-RO)  
*Guilherme Guimarães Feliciano, Ney Maranhão e Flávio Leme Gonçalves*...148
8. *Karoshi*: a morte súbita pelo excesso de trabalho  
*Gustavo Carvalho Chehab*.....153
9. Diversidade, direitos humanos e justiça social  
*Jacques d’Adesky*.....181
10. A atualização monetária dos créditos trabalhistas após a extinção da TR  
*João Ghisleni Filho e Luiz Alberto de Vargas* .....192
11. O retorno da dependência econômica no direito do trabalho  
*Murilo C. S. Oliveira*.....196

|                                                                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 12. A Súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave<br><i>Raquel Betty de Castro Pimenta</i> .....                                      | 216 |
| 13. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio <i>pro homine</i><br><i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i> ..... | 233 |
| NOTAS E COMENTÁRIOS                                                                                                                                                                         |     |
| TST empossa ministro Cláudio Brandão .....                                                                                                                                                  | 257 |

---

**Doutrina**

---



# A PROTEÇÃO DO TRABALHO ASSALARIADO NO BRASIL\*

Fábio Konder Comparato\*\*

A empresa capitalista sempre se caracterizou, desde a sua origem histórica na Baixa Idade Média europeia, pela sua completa submissão ao poder decisório definitivo dos titulares do capital. No decorrer dos séculos, aliás, essa relação de poder sofreu uma notável inversão ontológica: enquanto os trabalhadores e consumidores, dentro e fora da empresa, transformavam-se de pessoas em simples coisas, mais propriamente em mercadorias, o capital de certa forma desmaterializava-se, tornando-se uma pessoa jurídica.

Em passagem famosa de sua obra máxima (*De l'Esprit des Lois*, livro XI, capítulo IV), Montesquieu lembrou a experiência eterna de que todo homem possuidor de poder tende a dele abusá-lo; ele vai, disse o ilustre pensador, até onde encontra limites.

Pois bem, os principais limites ao exercício do poder empresarial capitalista não se encontram na natureza. Eles foram criados pela ordem jurídica a partir da segunda metade do século XIX. Eis a origem e razão de ser do Direito do Trabalho.

Sucede, porém, que a eficácia desses limites jurídicos varia de país a país, conforme a mentalidade coletiva e os costumes sociais consolidados na História. No Brasil, a instituição que mais fundamente forjou essa mentalidade e construiu tais costumes foi, sem dúvida, a escravidão, que durou legalmente quase quatro séculos.

Começemos, pois, por refletir sobre essa realidade histórica.

## A HERANÇA ESCRAVOCRATA NO BRASIL

No Ocidente, o trabalho assalariado surgiu durante a Baixa Idade Média, com o nascimento da economia capitalista. Até então, o trabalho humano, segun-

---

\* Palestra de abertura do 14º Curso de Formação Inicial de Magistrados, realizado pela Enamat – Escola Nacional da Magistratura do Trabalho, em Brasília, em 19 de agosto de 2013.

\*\* Professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; doutor honoris causa da Universidade de Coimbra.

do a origem semântica da palavra (*tripalium*: instrumento de tortura composto de três paus), sempre foi uma situação degradante, ligada à condição servil.

A ideia de contratar trabalhadores livres mediante o pagamento de uma remuneração, em dinheiro ou em bens, começou a ser difundida no seio da burguesia mercantil, isto é, dos comerciantes que habitavam os burgos livres, fora do domínio feudal. Depois, tal prática passou a ser imitada no campo, como forma de se corrigirem as deficiências da produção agrícola no sistema de servidão de gleba. No quadro desse sistema, os camponeses eram adstritos a um trato de terra pertencente ao senhor feudal, devendo entregar a este, anualmente, uma parcela do produto da lavoura.

É por isso que Hugo Grócio, no século XVI, referiu-se à condição de trabalhador assalariado como *servitus imperfecta* ou *servitus operis*, em comparação com a *servitus glebae*<sup>1</sup>. Com efeito, à semelhança dos servos da gleba, os trabalhadores assalariados ficavam pessoalmente vinculados não à pessoa do patrão, mas ao estabelecimento onde serviam; sendo, portanto, alienados com este, quando de sua venda.

Até, porém, o advento da Revolução Industrial, o trabalho assalariado envolveu um número insignificante de pessoas, em comparação com a servidão da gleba e o trabalho escravo.

Este último passou a ser largamente utilizado pelo sistema de capitalismo mercantil, com a abertura do processo de colonização em terras americanas, asiáticas e africanas, a partir do século XVI. De qualquer forma, a escravidão utilizada pelo sistema capitalista na era moderna foi bem diversa da que existiu no passado. Contrariamente às experiências escravocratas antigas, seu objetivo consistiu em fazer funcionar empresas de agronegócio e de mineração, voltadas para a exportação.

De acordo com as estimativas dos historiadores, de 1492 a 1870, entre um mínimo de nove milhões e meio e um máximo de doze milhões e setecentos mil africanos foram transportados para o Novo Mundo, sendo que o Brasil recebeu cerca de 40% desse total.

A persistência do colossal tráfico negreiro durante tanto tempo deveu-se ao fato de que os escravos africanos, desde meados do século XV, tornaram-se um apreciável objeto de mercancia. Foram os portugueses os primeiros a descobrir que os cativos representavam uma disputada moeda de troca para a aquisição do ouro africano. Foram eles, também, que iniciaram o tráfico

---

1 GROTII, Hvgonis. *De ivre belli ac pacis*. Livro II, Cap. V, § 30.

transatlântico de seres humanos, logo seguidos pelos espanhóis, holandeses, ingleses e franceses. O lucro obtido na aquisição de escravos para revenda era exorbitante, sendo certo que no Brasil o tráfico negreiro esteve na origem de grandes fortunas<sup>2</sup>.

Os quase quatro séculos de permanência da escravidão legal no Brasil produziram vários efeitos negativos, que podem ser resumidos como segue:

“1. Desprezo geral das classes ricas pelo trabalho subordinado, em especial o trabalho físico. Entre os trabalhadores manuais, esse desprezo consolidou-se no costume de jamais se procurar realizar um trabalho bem feito e acabado.

2. Em contraste, prestígio das profissões liberais, consideradas ocupações próprias e exclusivas das classes superiores, o que levou no Brasil à consideração do doutorado acadêmico como equivalente a um título aristocrático.

3. Profundo preconceito racial. Os não brancos são, em princípio, por todos considerados como raças inferiores.

4. Desprezo pelos pobres, tidos igualmente como seres inferiores. Incorporação desse sentimento de inferioridade na mentalidade coletiva dos próprios pobres, o que os levou a adotar, em relação aos patrões e às autoridades políticas em geral, uma atitude de subserviência, somente rompida por esporádicas explosões de protesto. Em contraste, a consagração, como verdadeiros pais, dos patrões e chefes políticos que protegem, ou fingem proteger, os trabalhadores e os pobres em geral.”

Isso explica por que o trabalho assalariado teve tantas dificuldades em ser reconhecido e protegido no Brasil. Na verdade, as primeiras leis sobre o trabalho assalariado surgiram na primeira metade do século XIX, em razão da vinda dos primeiros colonos europeus para trabalhar no campo: a Lei de 13 de setembro de 1830, que regulou “os contratos de serviços de brasileiros e estrangeiros”, e a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, que deu “providências sobre os contratos de locação de serviços de colonos”.

Foi somente a partir do início do século XX, com o rápido aumento do número de trabalhadores europeus – sobretudo italianos e espanhóis, importados para substituir a mão de obra escrava –, que a condição dos assalariados começou a ser levada a sério. Para tanto, muito contribuíram as greves gerais

---

2 Somente para os séculos XVI e XVII, cf. SALVADOR, José Gonçalves. *Os magnatas do tráfico negreiro*. São Paulo: Pioneira; EDUSP, 1981.

operárias de 1907 e 1917, esta última iniciada em São Paulo e rapidamente propagada para o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul. Tal como sucedeu com as rebeliões de escravos no passado, esses movimentos paredistas foram violentamente reprimidos.

Para se ter uma ideia das condições de semiescavidão em que se desenvolvia à época o trabalho assalariado, basta considerar o fato de que entre as reivindicações dos grevistas de 1917 constavam as seguintes: abolição do caráter criminal das associações sindicais; extinção do trabalho de menores de 14 anos nas fábricas e oficinas; vedação do trabalho noturno para as mulheres e os trabalhadores menores de 18 anos; jornada de oito horas, quando ela era na generalidade de mais de 13 horas; e aumento em 50% do salário por trabalho extraordinário.

Como sabido, tais pleitos só vieram a ser reconhecidos oficialmente a partir da Revolução de 1930, mas a criação das associações sindicais fez-se de cima para baixo, segundo o modelo fascista, o que até hoje mantém a organização oligárquica dos sindicatos.

Na verdade, a herança escravista persiste até hoje entre nós. Em outubro de 2011, a Organização Internacional do Trabalho divulgou um relatório em que consta haver cerca de 20 mil pessoas trabalhando no Brasil em condições análogas às de escravos, sendo 81% delas negras. No mesmo relatório, a OIT declara que quase 60% das pessoas encontradas nessa situação já haviam anteriormente trabalhado como escravas.

A atual incidência da escravidão no Brasil ocorre, sobretudo, de um lado, em domínios rurais ligados à agroexportação, e, de outro lado, nas grandes metrópoles, com a exploração de trabalhadores estrangeiros no setor de tecelagem.

Além disso, ainda como legado acerbo da escravidão multissecular, podemos citar a persistência do trabalho infantil, bem como, até há pouco, a deficiente proteção do trabalho doméstico.

Segundo dados do Censo de 2010, o número de crianças de 10 a 13 anos exploradas como trabalhadoras passou em todo o país, entre 2000 e 2010, de 699 mil para 710 mil. Como se trata, aí, de uma prática ilegal e mesmo criminosa, não é difícil imaginar que tais cifras oficiais estejam bem abaixo da realidade efetiva.

Pode-se dizer, por outro lado, que até o século XX o trabalho doméstico foi realizado no Brasil quase que só por escravos, segundo o modelo da antiga servidão ancilar. Os poucos criados domésticos livres sempre foram tidos como semiescravos, bastando lembrar que a Constituição de 1824 (art. 92, III)

negava o direito de voto aos “criados de servir”. O peso dessa tradição explica o fato de que os trabalhadores domésticos (mulheres em sua quase totalidade) só vieram a ter direitos oficialmente reconhecidos com a Constituição Federal de 1988, mas, ainda assim, em situação inferior à dos demais trabalhadores, até o advento da Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013.

## SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Nesse particular, proponho-me a discutir três itens: a) o aperfeiçoamento das políticas públicas relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais; b) o aperfeiçoamento do nosso ordenamento jurídico trabalhista em relação ao direito internacional; e, finalmente, c) sugestões de aprimoramento do direito do trabalho brasileiro, no plano puramente interno.

### *A – A necessária coordenação das políticas públicas relativas aos direitos econômicos e sociais*

No levantamento efetuado pela Organização Mundial do Trabalho em 2010 sobre as políticas sociais em 184 países, verificou-se que os trabalhadores brasileiros encontravam-se menos protegidos do que na média do conjunto dos países, não apenas ricos, mas também emergentes. Entre outros fatos, constatou-se, por exemplo, que o Brasil figura entre os países que menos protegem os trabalhadores contra o desemprego, ou seja, a declaração constitucional de que a ordem econômica e social tem por princípio a “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII) tem vigência meramente retórica.

Essa situação de atraso, no meu entender, é causada, antes de tudo, pela falta de coordenação da política trabalhista com o conjunto das demais políticas públicas, relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Com efeito, nunca é demais assinalar que a proteção do trabalhador depende, primordialmente, da existência de uma política pública, isto é, de um programa de ação estatal, elaborado com base em um planejamento a médio e longo prazo, sendo incontestável que, no quadro desse planejamento, a política trabalhista deve estar coordenada a todas as demais políticas públicas, relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tomemos como exemplo o direito ao trabalho, constante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XXIII), e do art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado

pelo Brasil. Ele diz respeito não apenas à busca do pleno emprego no campo do trabalho assalariado, mas também à realização das condições socioeconômicas indispensáveis para que cada pessoa possa dedicar-se a um trabalho autônomo de sua preferência. É evidente que esse objetivo somente será alcançado por meio de uma política pública abrangente e duradoura. Algo de semelhante sucede em matéria de adequada proteção contra acidentes do trabalho, ou moléstias profissionais. Por outro lado, como implementar uma política de formação profissional de trabalhadores sem um sistema desenvolvido de educação pública?

Não é por outra razão, aliás, que os direitos fundamentais do trabalhador vêm declarados na Constituição de 1988 no Capítulo II do Título II, consagrado aos direitos sociais, juntamente com o direito à educação, à alimentação, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade, à infância e à assistência social. Da mesma forma no plano internacional, o conjunto dos direitos econômicos, sociais e culturais é objeto do já citado Pacto Internacional de 1966, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

É de elementar evidência, com efeito, que a adequada proteção da pessoa humana no mercado de trabalho depende não só do reconhecimento de direitos propriamente trabalhistas, mas também do direito à proteção da saúde, do direito à educação, à cultura e ao lazer; do direito a uma justa previdência social, além do reconhecimento de outros direitos sociais não previstos explicitamente na Constituição, como a existência de um adequado sistema de transporte público urbano.

Ora, entre nós, ainda como herança maldita da escravidão, os direitos socioeconômicos fundamentais dos estratos pobres da população sempre foram concedidos pelas autoridades públicas caso a caso, em geral na sequência de movimentos de protesto, quando não foram outorgados por alguns governantes de índole populista como meros favores políticos.

Se quisermos, portanto, avançar no rumo de uma digna proteção dos trabalhadores neste país, deveríamos iniciar pela reforma profunda de nossa estrutura estatal, instituindo órgãos de previsão e planejamento autônomos, em relação aos Poderes clássicos do Estado, notadamente em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Tais órgãos seriam compostos não apenas por agentes públicos, mas também por representantes de empresários e trabalhadores, e sua principal função consistiria na elaboração de planos de médio e longo prazo, a serem aprovados pelo Congresso Nacional, sendo sua execução controlada pelo governo federal.

*B – O aperfeiçoamento do direito do trabalho brasileiro em relação ao direito internacional*

No plano da adequação do nosso direito do trabalho às normas internacionais, põem-se duas questões relevantes. A primeira delas concerne à posição, no quadro do nosso ordenamento jurídico, das convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Congresso Nacional. A segunda diz respeito à aplicação imediata de convenções dessa natureza pelo Poder Judiciário, sem a exigência de lei regulamentar.

Tradicionalmente, nossas Constituições dispõem que a especificação dos direitos e garantias fundamentais não exclui outros direitos e garantias, decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados. A Constituição de 1988, em disposição inovadora, acrescentou aos direitos e garantias por ela especificados, os que forem objeto de tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (art. 5º, § 2º), ou seja, em boa lógica, os tratados internacionais sobre direitos humanos que vinculam o Brasil, incluindo, portanto, as convenções internacionais sobre direitos trabalhistas, equiparam-se às normas constitucionais.

Assim dispõem, aliás, várias outras Constituições promulgadas na segunda metade do século XX, como, por exemplo, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a guatemalteca de 1985, a nicaraguense de 1987 e a chilena de 1989.

Em dezembro de 2004, contudo, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu mais um parágrafo ao art. 5º (o atual § 3º), para especificar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A contradição entre essas duas disposições constitucionais é flagrante. Pelo disposto no § 2º do art. 5º, os tratados internacionais sobre direitos humanos, aceitos pelo Brasil, adquirem de pleno direito um nível constitucional. Conforme determinado pela Emenda Constitucional nº 45, todavia, somente adquirem esse nível os tratados ratificados pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento próprio de adoção das emendas constitucionais.

Acontece que a norma do § 2º do art. 5º permanece em vigor, pois ela não foi revogada pela Emenda Constitucional nº 45. Em consequência, a única interpretação admissível para o disposto no atual § 3º é que a regra procedimental aí contida passou a aplicar-se, tão somente, a partir da promulgação da citada Emenda, não afetando a interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos anteriormente ratificados pelo Congresso Nacional. Ora, a

última convenção da OIT adotada pelo Brasil foi a de nº 185, em 2003, sobre os documentos de identidade da gente do mar, ou seja, no campo do direito do trabalho ainda não houve aplicação do disposto no novo art. 5º, § 3º, da Constituição.

De qualquer forma, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, os tratados internacionais de direitos humanos não referendados pela forma por ela prescrita passariam a valer como normas ordinárias e não como disposições constitucionais. O que significaria poderem eles ser suprimidos ou enfraquecidos pela edição de uma lei posterior.

Ora, essa conclusão hermenêutica não pode a todas as luzes ser admitida, pois ela viria ferir frontalmente o princípio fundamental da irrevocabilidade dos direitos humanos. O fundamento, em última instância, para a vigência de tais direitos é a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade das nações, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores éticos em qualquer circunstância, ainda que não positivados no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.

Reconhecendo essa grande verdade, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 assim estatuiu em seu Artigo 53:

“É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

Pretender que um *jus cogens* dessa natureza não exista no direito interno é atribuir à soberania estatal uma dimensão aberrante do princípio do Estado de Direito, pois, segundo este, nenhum órgão estatal, nem mesmo o próprio povo, titular da soberania democrática, pode se colocar acima do direito. Hoje, a consciência jurídica universal reconhece que os direitos humanos não são criados, mas simplesmente reconhecidos e declarados pelos Estados, no plano interno ou internacional. Em tais condições, os direitos humanos se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, mas também a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e às organizações regionais de Estados.

Dessa sua natureza de *jus cogens* universal deriva o princípio da irrevogabilidade dos direitos fundamentais, declarados tanto no direito positivo interno como em tratados internacionais.

Entendo, por conseguinte, que nenhuma espécie de direito humano, objeto de tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 45, pode ser suprimida ou substancialmente enfraquecida por norma posterior, interna ou internacional.

Com base nesse mesmo princípio, tive ocasião de me manifestar no sentido da ilegitimidade de uma denúncia de tratado internacional sobre direitos humanos<sup>3</sup>. Lembro, a propósito, que o Brasil já denunciou duas convenções aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, as quais havia ratificado: a Convenção nº 110, de 1958, sobre o Emprego dos Trabalhadores em Fazendas; e a Convenção nº 158, de 1962, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa dos Empregados.

A segunda questão referente à adequação do nosso direito laboral às normas internacionais concerne à forma de aplicação no Brasil das convenções internacionais do trabalho.

A esse respeito, dispõe a Constituição Federal no § 1º do seu art. 5º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; vale dizer, sua eficácia concreta independe da edição de normas regulamentares. Em tais condições, os órgãos da Justiça do Trabalho são plenamente legitimados a aplicar diretamente as convenções internacionais definidoras de direitos e garantias trabalhistas, ainda que tal aplicação não seja requerida pelas partes em um processo, ou pelo Ministério Público do Trabalho.

### *C – Aperfeiçoamentos desejáveis do direito do trabalho brasileiro no plano interno*

Como último tópico desta exposição, passo a discutir outras questões referentes ao aperfeiçoamento interno do nosso direito do trabalho e da atuação da magistratura do trabalho.

#### *– Novo regime repressivo aos crimes contra trabalhadores*

Em primeiro lugar, a ocorrência de crimes contra a pessoa do trabalhador enquanto tal.

---

3 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

Como já lembrei, a escravidão ainda não foi de todo eliminada em nosso país. Desnecessário assinalar que se trata de prática a ser reprimida sem concessões. Ora, isso implica a cominação de penas adequadas a todos os autores de tais delitos, vinculada ao eficiente funcionamento do aparelho judiciário.

Entendo, assim, que, no concernente não só ao crime definido no art. 149 do Código Penal (redução à condição análoga à de escravo), mas também aos delitos capitulados nos arts. 197 e 198 do mesmo Código (atentado contra a liberdade de trabalho e atentado contra a liberdade de contrato de trabalho), o legislador deveria ampliar o rol dos autores, a exemplo do disposto na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que estabeleceu sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Nessa Lei, com efeito, a autoria dos crimes foi estendida ao “diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la” (art. 1º). Além disso, quebrando inveterado dogma do direito penal, a citada Lei reconheceu igualmente a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Acontece que a ampliação da responsabilidade criminal, por si só, não será uma medida bastante para reprimir adequadamente os delitos contra trabalhadores. É indispensável, ainda, tornar mais eficiente o sistema judiciário.

Nesse sentido, parece-me recomendável transferir para a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho a competência relativa aos processos referentes aos crimes acima indicados, bem como todos os outros delitos contra a organização do trabalho, capitulados no Título IV da Parte Especial do Código Penal. Tais instituições, pela sua própria natureza, são muito mais aptas a atuar nesse campo, do que o Ministério Público e a Justiça dos Estados.

– *O caráter antirrepublicano da greve nos serviços públicos*

Se a prestação de serviços públicos constitui um dever do Estado e se exerce diretamente em benefício do povo, a transposição nessa área do direito de greve, conforme previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, representa uma evidente distorção do princípio republicano, segundo o qual o bem comum do povo – que os romanos denominavam justamente *res publica* – sobreleva qualquer espécie de interesse particular, mesmo do próprio Estado.

Tradicionalmente, a greve é uma garantia fundamental dos trabalhadores, para proteção de seus direitos contra o empregador. Ora, na relação de empre-

go relativa a serviço público, empregador não é o povo, mas, sim, o Estado, ou a empresa concessionária da prestação do serviço. Não obstante, é o povo o principal prejudicado pela paralisação do serviço público, em manifesta violação do princípio republicano, segundo o qual o bem comum de todos sobreleva quaisquer interesses particulares: de indivíduos, grupos, classes ou corporações profissionais.

Já em si mesma, aliás, a prestação de serviço público mediante concessão administrativa a empresas particulares revela-se dificilmente compatível com o princípio republicano, uma vez que em regime capitalista a busca do lucro empresarial prevalece, logicamente, sobre a realização do bem comum do povo.

É imperioso, por conseguinte, substituir a greve por outras formas de garantia dos direitos dos trabalhadores. Por exemplo, a correção inflacionária de vencimentos ou salários de pleno direito, em períodos fixados por lei, além da obrigatória arbitragem em curto prazo dos conflitos de trabalho no serviço público, por meio de comissões compostas de representantes das partes em conflito, sem prejuízo da decisão judicial em definitivo.

*– Participação nos lucros e na gestão da empresa empregadora*

Em seu art. 7º, inciso XI, a Constituição Federal declara como direito dos trabalhadores “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Ainda aí, a nossa Carta Constitucional seguiu a velha tradição de declarações normativas meramente retóricas ou ornamentais, sem nenhuma vigência efetiva. A regulamentação do dispositivo constitucional só veio a ocorrer com a Lei nº 10.101, promulgada em 19 de dezembro de 2000 – 12 anos após a entrada em vigor da Constituição! – e, ainda assim, tão só no tocante à participação nos lucros.

Pelo disposto na citada Lei, a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa empregadora “será objeto de negociação”. Ora, sabendo-se, como assinaei desde o início desta exposição, que na empresa capitalista todo poder pertence aos donos do capital, e que nenhum titular de poder, em qualquer setor social, dele abre mão voluntariamente, é óbvio que submeter à negociação o direito constitucional dos trabalhadores à participação nos lucros empresariais significa – como a realidade bem o demonstrou – a negação pura e simples desse direito.

Não há a menor dúvida de que nos deparamos, aí, com um autêntico descumprimento de preceito fundamental, passível de correção mediante o

instrumento judiciário previsto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal. Com efeito, todos os incisos do art. 7º do texto constitucional dizem respeito a direitos fundamentais dos trabalhadores, isto é, direitos humanos reconhecidos e declarados constitucionalmente. Nessa condição, tais direitos devem ser integralmente respeitados por todos, a começar pelos Poderes Públicos.

Poder-se-ia, a rigor, excluir da obrigatoriedade dessa participação laboral nos lucros apenas as pequenas empresas, tais como definidas pelo IBGE, ou seja, tratando-se de indústrias, as que possuem menos de 100 empregados, ou, no caso das empresas comerciais ou de serviços, aquelas com menos de 50.

O ideal, portanto, nesse particular, seria a reforma do dispositivo constante do art. 7º, XI, da Constituição Federal, a fim de que suas condições de aplicação fossem explicitamente declaradas, ficando claro, em qualquer hipótese, que esse direito fundamental dos trabalhadores não pode ser objeto de negociação, como dispõe esdruxulamente a Lei nº 10.101.

Já quanto à participação dos trabalhadores na gestão das empresas – determinada como medida excepcional no mesmo dispositivo da Constituição –, a ausência de regulamentação por lei após quase um quarto de século da entrada em vigor da Constituição representa, indiscutivelmente, uma grave omissão do Poder Legislativo, passível de julgamento por meio de ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 103, § 2º, do texto constitucional.

De qualquer forma, poder-se-ia aproveitar a necessária reforma da norma constante do art. 7º, inciso XI, do texto constitucional, de modo a impor a participação dos trabalhadores na gestão de todas as empresas médias e grandes, segundo o modelo da *Mitbestimmung* vigente na República Federal da Alemanha desde 1976, e cujos benéficos resultados para a economia daquele país já foram amplamente demonstrados.

## CONCLUSÃO

Com esta última consideração, põe-se na verdade toda a perspectiva histórica do direito do trabalho.

Ele nasceu e desenvolveu-se, como assinalado, em estreita vinculação com o sistema capitalista, sob a forma de uma limitação ao poder empresarial, que sempre tendeu ao absolutismo. Acontece que o capitalismo não é apenas um sistema econômico, mas uma vera e própria civilização, isto é, uma forma de

organização global da vida em sociedade<sup>4</sup>. Essa civilização, a primeira e única de âmbito mundial em toda a História, já começa a dar sinais inequívocos de decadência, e tende a ser superada a longo prazo por uma civilização humanista, na qual, entre outras características, o trabalho, em qualquer de suas dimensões, será efetivamente respeitado como inequívoca manifestação da dignidade humana. Em tais condições, a organização empresarial do futuro já não será dominada pelo capital, mas assumirá feições comunitárias, passando a empresa privada a pertencer em comum a todos os seus colaboradores, e a empresa pública a ser diretamente controlada pelos representantes do povo soberano.

É em vista desse porvir que devemos todos atuar, de modo consciente e coordenado.

Chegamos assim à conclusão paradoxal de que o futuro do direito do trabalho aponta, indiscutivelmente, para o seu desaparecimento.

---

4 Tratei especificamente do assunto em: *A civilização capitalista: para entender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

# PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – PJE E O *DUE PROCESS OF LAW*

Alexandre de Azevedo Silva\*

## 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**N**ós, humanos, temos uma necessidade contínua, irrefreável, de enriquecer as coisas de significados. Faz parte do nosso processo educativo natural e da própria evolução, pois esta só se concretiza quando atribuímos novas cores e tonalidades às nossas antigas visões monocromáticas sobre o mundo e sobre a vida.

Diante do novo, costumamos buscar significados igualmente novos para a realidade posta, e exercitamos, sempre que nos é possível, a incontrollável tendência de atribuir uma nova nomenclatura para coisas velhas, rompendo e desprezando jargões e denominações obsoletas que foram consagradas pelo tempo.

E tudo porque, como profetiza Cecília Meireles, “(...) a vida, a vida, a vida, a vida só é possível reinventada”.

Gostamos de fugir à disciplina dos moldes. Talvez seja por isso que a figura do artesão vem a cada dia perdendo espaço para a do artista, porque aquele se vale de seus recursos técnicos para reproduzir o mesmo objeto, enquanto este dá vazão à humana vocação do criar, em obra nova marcada pela singularidade.

São sintomas e consequências de um mundo pós-moderno, que cultua a juventude eterna, o etéreo, o transitório, a fugacidade e o contingente, sem conferir a devida importância para as essências e os âmagos de um saber sedimentado pela experiência dos anos, muitas vezes eterno e imutável.

No mundo do direito, mais do que em qualquer outro, não há limite para a criatividade e para a reinvenção. Neologismos brotam aos borbotões, em um ritmo frenético e quase impossível de ser assimilado por uma pessoa de mente comum. Quando aprendemos uma nova expressão hoje, outra a substitui amanhã.

---

\* Juiz do trabalho titular da 1ª Vara do Trabalho de Taguatinga (DF).

Os intelectuais costumam associar esse agressivo processo de reinvenção à vanguarda, e ser indiferente às suas propostas implica, no mais das vezes, ser taxado como retrógrado, atrasado, cultor da imobilidade pensativa.

Em matéria de princípios jurídicos, não se pode olvidar que, como bem sentenciar Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup>:

“Diferentemente dos princípios que regem o mundo físico, no campo do direito são livremente determinados pelos homens. O legislador acolhe, no sistema normativo que constrói, os princípios que deseja vigorantes. São, bem por isso, mutáveis.”

Mas essa mutabilidade, diferentemente do que pensam alguns, não se equipara a um sistema quântico, com seu potencial tanto de partícula quanto de onda, e com capacidade de relacionar-se em ambos os termos.

Vale dizer, um princípio jurídico não pode, ao mesmo tempo, ser um ou outro, ou ambos simultaneamente, a critério das conveniências do observador.

Afinal, e invocando uma vez mais as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup>, *princípio*:

“(...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

Ilusão, portanto, é pensar que se reinventa ou se transforma o espírito com a mesma facilidade e rapidez com que se modifica o invólucro corporal. Aquele tem destinação perene, e de regra o seu processo evolutivo é obra dos séculos, e não de circunstâncias ou momentos acidentais.

Não obstante respeitarmos todos os pontos de vista, enxergamos com reservas algumas posições doutrinárias ditas vanguardistas que pretendem, após a edição da Lei nº 11.419/06, criar uma revolucionária teoria geral do processo, agora dito eletrônico, transmudando princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico para, atribuindo-lhes uma nova roupagem e nomenclatura mais adaptada ao linguajar da informática, querer pela aparência da capa sugerir que outra é a essência da obra.

---

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 49.

2 *Ob. cit.*, p. 583-584.

O processo, melhor dizendo, o procedimento eletrônico, é corpo em movimento, não espírito em essência.

O mundo pode até tratar melhor quem se veste bem<sup>3</sup>, mas, do ponto de vista espiritual, o ente nunca deixa de ser o que é pelo fato de andar com uma ou outra vestimenta.

É certo que o processo eletrônico, como se tem dito e repetido, é uma divindade, com poderes sobrenaturais de ubiquidade, a ponto de poder estar, simultaneamente, em vários lugares ao mesmo tempo.

Se divindade o é, pode tudo, menos agir de forma incoerente ou se eximir de servir de exemplo!

E, pelo menos na fé ocidental, o Filho do Deus vivo, quando se fez homem na carne, confessou, com humildade, que:

“Não penseis que eu tenha vindo destruir a lei ou os profetas; não os vim destruir, mas cumpri-los: porquanto em verdade vos digo que o céu e a Terra não passarão, sem que tudo o que se acha na lei esteja perfeitamente cumprido, enquanto reste um único iota e um único ponto.”<sup>4</sup>

Convictos estamos de que o processo eletrônico não veio para romper ou para transfigurar os princípios e os alicerces já consagrados no ordenamento jurídico pátrio pela ação dos séculos. Veio para que tudo seja perfeitamente cumprido, enquanto reste um único iota de dúvida a ser dirimido.

## 2 – A VERDADEIRA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO *DUE PROCESS OF LAW*

O princípio do *due process of law* ostenta o *status* de mega ou super-princípio, sendo considerado pelos doutrinadores como a “base sobre a qual todos os outros se sustentam”<sup>5</sup>.

Adverte Cândido Rangel Dinamarco<sup>6</sup> que:

“A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o devido processo legal e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga

---

3 Velha máxima de antigo comercial das calças US TOP. Uma explícita confissão de pertencer a uma geração de “meia idade”.

4 Palavras atribuídas a Jesus Cristo. *Evangelho de Mateus*, Capítulo 5, Versículos 17 e 18.

5 NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 60.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Tomo I. p. 244.

e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que sente por *due process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos (juiz Frankfurter). À cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo de poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*).”

A real dimensão do princípio do *due process of law* somente pode ser captada quando analisado o seu processo histórico de constituição e de sedimentação ao longo dos séculos, que envolveu basicamente três fases. Tal registro foi apresentado com invulgar poder de síntese pelo Ministro Carlos Velloso, em memorável voto nos autos da ADI 1.511-7/DF, em sede de medida liminar:

“A primeira marca o seu surgimento, na ‘Magna Carta Libertatum’, de 1215, como garantia processual penal, como *law of the land* – julgamento por um tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da terra –, onde se desenham dois princípios, o do juiz natural e o da legalidade (fato definido como crime, pena previamente cominada). No Estatuto de Eduardo III, de 1354, *law of the land* foi substituída por *due process of law*. Na 2ª fase, *due process of law* passa a ser garantia processual geral, constituindo requisito de validade da atividade jurisdicional o processo regularmente ordenado. A 3ª fase do princípio do *due process of law* é a mais rica. Mediante a interpretação das Emendas V e XIV da Constituição norte-americana, pela Suprema Corte, *due process of law* adquire postura substantiva ao lado do seu caráter processual, passando a limitar o mérito das ações estatais, o que se tornou marcante a partir da Corte Warren, nos anos cinquenta e sessenta, em que se tornou realidade a defesa das minorias étnicas e econômicas, do que dá notícia o primoroso livro de Leda Boechat Rodrigues, *A Corte Warren (1953-1969) – Revolução Constitucional*, Civilização Brasileira, Rio, 1991.”

Hodiernamente, pois, a jurisprudência, amparada na melhor doutrina, enxerga dois aspectos ou perspectivas no princípio do devido processo legal: o aspecto formal (*procedural due process*) e o aspecto material (*substantive due process*).

No plano formal, o princípio tem por escopo assegurar um perfil democrático ao processo, que no dizer de Luigi Paolo Comoglio, citado por Dinamarco<sup>7</sup>, deve ser:

“(...) regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva.”

Nessa perspectiva formal, bastante densa, o megaprincípio termina reafirmando ou englobando diversos outros princípios e garantias assegurados na Constituição e no ordenamento jurídico pátrio, como são exemplos o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do acesso à justiça, o princípio da igualdade das partes, o princípio da imparcialidade do juiz, o princípio do juiz natural, o princípio da motivação das decisões, o princípio da publicidade, a garantia de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos e a garantia do sigilo das comunicações e dados, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup> tem sido bastante generoso na interpretação da amplitude do princípio do devido processo legal, em sua perspectiva formal, alargando-o para atingir, como destinatário, todo o aparato jurisdicional:

“O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte

7 Ob. cit., p. 246.

8 STF, 2ª Turma, AI 529.733-1/RS, trecho do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, DJ 01.12.06.

da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça.”

Na perspectiva material ou substantiva, o princípio constitui limite à atuação estatal, e possui

“(…) estreita ligação com a noção de razoabilidade, pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional.”<sup>9</sup>

Atua, assim, como já enaltecido por diversas vezes pelo excelso Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>:

“(…) como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.”

Cumprе acrescentar, por fim, que os princípios constitucionais decorrentes do megaprincípio do devido processo legal

“(…) não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuidos nas normas instrumentais.”<sup>11</sup>

9 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 372.

10 STF, Pleno, ADIn 1.158/AM, Medida Liminar, trecho do voto do Ministro-Relator Celso de Mello, j. 19.12.94.

11 STF, Pleno, AgRg 152.676/PR, trecho da ementa do Ministro-Relator Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 03.11.95.

### 3 – O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – PJE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Processo Judicial Eletrônico – PJE nasceu sob a égide da Lei nº 11.419/06, que disciplinou a informatização do processo judicial no país.

Em que pese o PJE implique uma inegável mudança de paradigmas, com substancial alteração na forma de realizar o serviço de entrega da prestação jurisdicional, ele não tem o condão, em nosso entendimento, de afrontar ou de recolorir o princípio do *due process of law*, criando um arcabouço principiológico próprio.

Se assim fosse, e firme na certeza de que a Constituição não sofreu alterações no particular, o PJE estaria inevitavelmente fadado ao insucesso, por eivado do pior de todos os vícios: o da inconstitucionalidade.

Assim, preocupam alguns entendimentos, principalmente judiciais, que desprezam o espírito da Constituição para, em exercício da arbitrariedade, criarem um regramento próprio e particular de condução de processo judicial, atribuindo à ferramenta tecnológica uma indevida responsabilidade pelas maléficas consequências das opções procedimentais menos felizes.

O legislador ordinário conferiu aos tribunais uma prerrogativa de regulamentar a Lei nº 11.419/06, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências<sup>12</sup>.

Em momento algum disse, e jamais poderia tê-lo dito, que diante da novel legislação infraconstitucional o Poder Judiciário estaria livre e autorizado a desprezar o princípio constitucional do devido processo legal para, reinventando e aplicando regras personalíssimas, trilhar caminhos alternativos ao sabor das circunstâncias do momento.

É o que tentaremos demonstrar, abarcando alguns dos temas mais polêmicos a envolver o sistema do PJE, obviamente sem a pretensão de esgotar o assunto, que é de vastidão imensurável.

#### 3.1 – O PJE e o princípio do livre acesso à jurisdição

Muitos juristas e advogados, resistentes à mudança do modelo do papel para o eletrônico, sustentam que o PJE viola o princípio maior do devido processo legal, na medida em que restringe o livre acesso à Justiça.

---

12 Art. 18 da Lei nº 11.419/06.

Três são os principais obstáculos eleitos e citados pelos críticos como fatores inibidores do amplo acesso à justiça: a) a exigência da certificação digital para a prática dos atos processuais; b) a exigência de indicação do CPF ou CNPJ do Autor; e c) problemas de infraestrutura de internet e de capacitação para uso da nova tecnologia.

Nenhum desses argumentos convence ou passa pelo crivo de uma razão mais sensata.

De efeito, a exigência da certificação digital para os usuários do sistema PJE tem previsão na Lei nº 11.419/06<sup>13</sup> e, diante dos problemas de segurança envolvidos, revela-se como medida salutar para a prática do ato processual, primando pela garantia de autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos e peças eletrônicos juntados, que não poderão oportunamente sofrer qualquer tipo de repúdio pela parte que os produziu.

O atendimento desse requisito tecnológico, a nosso juízo, não impede nem limita o acesso à justiça, salvo daqueles que, por incúria ou desconhecimento, deixaram de adquirir o seu certificado junto às mais diversas autoridades certificadoras existentes no país.

Vale lembrar que, na realidade atual dos autos em papel, na qual o ato processual é materializado em folhas, o usuário também precisa atender previamente a alguns requisitos para exercer a sua profissão, como comprar as resmas de papel, ter uma máquina de escrever ou um computador com impressora, dispor de tinta para impressão, etc.

Sem tal infraestrutura mínima, ele simplesmente não consegue materializar o ato no processo, já que a sua pretensão precisa estar escrita e impressa em uma folha, para ser passível de juntada aos autos e análise pelo juiz.

Como se vê, cada meio exige uma infraestrutura mínima para que o ato se exteriorize e ganhe vida no mundo jurídico, seja a assinatura escrita em uma folha de papel, seja uma assinatura eletrônica por meio de um certificado digital.

Registre-se, ainda, que de acordo com o art. 5º, parágrafo único, da Resolução nº 94/2012:

“No caso de ato urgente em que o usuário externo não possua certificado digital para o peticionamento, ou em se tratando da hipótese prevista no art. 791 da CLT, a prática será viabilizada por intermédio

---

13 Art. 2º, *caput*, c/c art. 1º, § 2º, III, *a*, ambos da Lei nº 11.419/06.

de servidor da unidade judiciária destinatária da petição ou do setor responsável pela redução a termo e digitalização das peças processuais.”

O acesso ao cidadão, ninguém ousa duvidar, é amplo e garantido no PJE, seja por parte do próprio usuário habilitado ao uso do sistema, seja por intermédio do serventuário da unidade judiciária, em exercício de *jus postulandi*, como possibilita a lei.

A exigência de declinação do CPF ou do CNPJ do autor, para ingresso com novas ações no PJE, também não é causa de obstrução irracional do acesso à justiça. Tal exigência também decorre da lei<sup>14</sup>, e visa dar garantia de identificação segura e confiável das partes litigantes no processo, evitando os homônimos e preservando a higidez das informações constantes dos bancos de dados do Poder Judiciário.

De se observar que o rigor da exigência de indicação do CPF ou do CNPJ está voltado apenas para a realidade da parte autora, sendo flexível e tolerante o sistema em relação à necessidade de fornecimento obrigatório do referido documento em relação à pessoa do réu, justamente para evitar problemas maiores de obstrução do acesso à justiça.

A facilidade de obtenção do documento de CPF ou de CNPJ é muito grande, podendo ser realizada pela própria rede mundial de computadores, em serviço gratuito disponibilizado pela Receita Federal, que funciona 24 horas por dia e sete dias por semana<sup>15</sup>.

Em casos excepcionais, quando há nítida e justificável dificuldade de obtenção do referido documento de CPF (empregado resgatado em condição análoga à de escravo; índios e quilombolas que não possuem qualquer documento de identificação pessoal; cidadão sem título de eleitor e com prazo decadencial em curso prestes a vencer, etc.), é possível o protocolamento direto da ação, sem o atendimento da exigência, por intermédio do servidor do Poder Judiciário destacado para atuar no setor de autoatendimento ao público.

Finalmente, problemas estruturais de internet ou mesmo deficiência de capacitação no uso do sistema não são causas reais de obstrução de acesso à justiça, na medida em que a lei obriga o Poder Judiciário a manter, nos espaços públicos do fórum, equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial

---

14 Art. 15 da Lei nº 11.419/06.

15 O preenchimento do formulário eletrônico para obtenção do CPF pode ser feito no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/ssl/ATCTA/CPF/InscricaoPublica/inscricao.asp>>.

de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais<sup>16</sup>.

A parte ou o advogado que está a enfrentar problemas tópicos com os seus equipamentos pode, no horário de expediente normal, utilizar o equipamento público que está à sua disposição para o envio de suas peças e documentos, contando, quando necessário, com a ajuda do pessoal de suporte da própria OAB ou do Poder Judiciário.

Urge esclarecer que problemas de infraestrutura, quando presentes nos equipamentos dos *data centers* do Poder Judiciário, que inviabilizem o uso dos serviços essenciais disponibilizados no PJE, asseguram à parte ou ao interessado a devolução de eventual prazo em curso, estando a regra expressamente regulamentada<sup>17</sup>, para conferir segurança jurídica.

Em casos excepcionais e urgentes, nos quais o PJE, por algum motivo, esteja indisponível, é plenamente possível à parte ou ao advogado apresentar ao juiz a sua pretensão pelo meio tradicional da petição em papel, para evitar o perecimento do direito. Após apreciada a pretensão, e retornando o sistema ao seu funcionamento pleno, os atos processuais praticados excepcionalmente no papel serão digitalizados e inseridos nos autos eletrônicos pelo próprio serventuário da unidade judiciária, mantendo íntegro o acervo dos atos dentro do processo.

Essa prática de excepcionalidade, embora não esteja expressamente regulamentada em texto normativo, legitima-se pelo simples uso do bom-senso e da razoabilidade, dentro de uma visão incontestável de que o processo deve servir de instrumento de condução à ordem jurídica justa.

O PJE, assim, não cria qualquer embaraço para o livre acesso à Justiça.

Ao revés, ele facilita e estimula o acesso, na medida em que barateia os custos do ajuizamento, desburocratiza e amplia a possibilidade do peticionamento *online*, dispensando a presença física da parte ou de seu advogado junto aos balcões de protocolo.

### 3.2 – O PJE e o princípio da ampla defesa

Há, também, quem sustente que o PJE atrita com o princípio da ampla defesa, criando embaraços insuperáveis para os interesses dos demandados.

---

16 Art. 10, § 3º, da Lei nº 11.419/06.

17 Vide arts. 8º a 10 da Resolução CSJT nº 94/06.

Os pontos mais sensíveis e polêmicos invocados pelos críticos são: a) citação sem o envio da respectiva contrafé em papel; b) necessidade de envio antecipado da peça de defesa, antes da audiência inicial e da primeira tentativa de conciliação, violando a disposição do art. 847 da CLT; e c) limitação de tamanho dos arquivos eletrônicos a 1,5 MB.

Analisemos cada um desses pontos, de forma pormenorizada.

O art. 841, *caput*, da CLT estabelece que:

“Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.”

A disciplina da CLT, a toda evidência, é voltada para a realidade dos autos em papel, única conhecida pelo legislador na época em que a norma foi promulgada.

Em se tratando de autos eletrônicos, no entanto, torna-se sem sentido falar em envio de “segunda via da petição”.

Parece-nos que o importante, o essencial, em termos de prática do ato de citação, para fins de viabilizar o exercício da ampla defesa, é que o réu tenha pleno e inequívoco conhecimento do teor da demanda contra si proposta. O meio pelo qual toma ele conhecimento, se por papel ou outro meio de comunicação eletrônico<sup>18</sup>, assume caráter secundário, sem importância, já que o papel nunca foi uma garantia absoluta de que o teor constante da comunicação se mostrou realmente compreendido<sup>19</sup>.

O PJE não proíbe nem cria qualquer limitação para que as citações sejam realizadas nos moldes tradicionais, com envio da contrafé em papel.

Partindo-se, no entanto, da premissa de que a petição inicial e os documentos, no PJE, são gerados no meio eletrônico, em uma sequência de *bits* armazenada em arquivos criptografados e protegidos por certificação digital, o envio das respectivas cópias ou contrafé, para fins de citação do réu, deve

---

18 O art. 5º da conhecida lei modelo da Uncitral (Comissão das Nações Unidas para Leis de Comércio Internacional) sobre comércio eletrônico, que busca a uniformização internacional da legislação sobre o tema, estatui: “não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”.

19 Veja-se o exemplo do analfabeto, que mesmo recebendo uma citação pelo papel, sem condições de compreender o que nela está escrito, ainda assim é tido por regularmente notificado, sempre que a correspondência postal é entregue no seu endereço correto e registrado nos autos.

fundar-se em um mecanismo de consulta razoável e lógico, no qual possa ser localizado, identificado e conferido o documento eletrônico criado<sup>20</sup>.

A prática de se enviar o termo de citação em folha única de papel, com indicação clara e precisa do ambiente eletrônico apto para consulta e do código exclusivo de identificação de cada uma das peças processuais indispensáveis ao chamamento a juízo, atende perfeitamente, em nosso pensar, à finalidade da lei, possibilitando que a parte ré tome conhecimento do conteúdo da demanda em sua inteireza e exatidão.

Não se pode relegar ao obívio, ademais, que a medida propicia uma enorme economia aos cofres públicos, diminuindo os custos do serviço contratado pelo Judiciário junto à ECT, em razão da desnecessidade do envio de várias páginas de documentos em papel.

No que concerne à necessidade de envio antecipado da defesa, de pronto devemos ressaltar, por amor à verdade, que o problema apontado não é do PJE, enquanto sistema, mas de procedimento eleito na regulamentação da Resolução nº 94/2012, para melhor atendimento das necessidades do Poder Judiciário e das próprias partes.

De efeito, o PJE possibilita que a parte ou o advogado encaminhe a sua petição de defesa antes, durante ou depois da audiência inicial, não havendo qualquer restrição tecnológica nesse sentido.

A previsão de envio antecipado da peça de defesa consta do art. 22, *caput*, da Resolução CSJT nº 94/2012 e tem por finalidade precípua salvaguardar os interesses das partes e dos juízes, principalmente quando se trata de ações sujeitas ao procedimento de audiência una.

Inegável que pelo considerável volume de audiências iniciais realizadas diariamente nas Varas do Trabalho de todo o país, seria extremamente arriscado e demorado que o réu apenas apresentasse a sua defesa em audiência, após frustrada a primeira tentativa de conciliação.

O tempo gasto pelo advogado para acessar o terminal em sala de audiência, associado a eventuais outros problemas que possam ocorrer na utilização do sistema ou da própria certificação digital, consumiria minutos ou horas preciosas do dia de trabalho do magistrado, retardando a realização dos atos processuais, em prejuízo para toda a coletividade de jurisdicionados.

---

20 O art. 4º da Lei nº 12.682/2012 estabelece que “as empresas privadas ou os órgãos da Administração Pública direta ou indireta que utilizarem procedimentos de armazenamento de documentos em meio eletrônico, óptico ou equivalente deverão adotar sistema de indexação que possibilite a sua precisa localização, permitindo a posterior conferência da regularidade das etapas do processo adotado”.

O envio antecipado da defesa, assim, visa deixar disponível no PJE e no próprio terminal que serve de suporte à sala de audiência, durante o transcorrer do ato processual, o conteúdo das peças da inicial e da contestação, possibilitando celeridade de consulta e agilidade na elaboração de réplicas, principalmente nas audiências unas, nas quais a concentração de atos processuais e a oralidade são muito intensas.

A norma do art. 22 da Resolução CSJT nº 94/2012, portanto, se constitui em uma resposta prática e deveras sensata para um problema igualmente prático, e certamente foi elaborada pelos Conselheiros com o intuito e o melhor dos propósitos de se produzir a solução mais justa para uma questão rotineira concreta.

Para a parte ré que resiste à recomendação de dar ciência de sua tese de defesa antes de frustrada a tentativa de conciliação, e apegase à literalidade do art. 847 da CLT, vale lembrar que o PJE tem uma funcionalidade que permite o envio da peça de defesa e dos documentos que a instruem com o atributo de sigilo, de modo a que a visualização do conteúdo dos arquivos enviados somente se torne disponível para a parte e o advogado adverso após uma intervenção judicial, feita, de praxe, após fracassada a tentativa de conciliação na audiência inicial.

Cumpra aduzir que a prática de alguns magistrados de aplicar penas de revelia e de confissão à parte que comparece à audiência, mas não envia previamente a sua defesa na forma do art. 22 da Resolução CSJT nº 94/2012, não se traduz em uma deficiência do PJE, mas em um exercício do livre-convencimento do julgador, cujo remédio eficaz encontra guarida no próprio ordenamento jurídico, por meio dos recursos e demais medidas corretivas legalmente previstas.

Finalmente, e em relação ao tamanho de 1,5 MB dos arquivos passíveis de juntada no PJE, cabe-nos esclarecer que tal limitação em nada ofende o exercício da ampla defesa, na medida em que o sistema permite à parte ou ao advogado anexar tantos arquivos quanto bastem e se mostrem indispensáveis à demonstração de suas alegações em juízo.

A limitação do tamanho de cada arquivo tem uma justificativa de ordem técnica, para facilitar o tráfego de dados pela rede mundial de computadores e diminuir o tempo de *upload* ou de *download* nas máquinas dos usuários do PJE.

Como o sistema não limita a quantidade de arquivos passíveis de anexação, mas apenas o tamanho de cada um desses arquivos, a defesa em nada fica prejudicada ou cerceada.

### 3.3 – O PJE e o princípio da publicidade

Há quem diga, também, de forma inadvertida, que o PJE violaria o princípio do devido processo legal, em especial o seu princípio subsidiário de publicidade, ao encaminhar a maior parte dos seus atos de intimação para um portal do advogado, sem registro simultâneo perante o Diário da Justiça Eletrônico.

É sabido que nem todos os atos processuais têm sua publicidade veiculada pelo Diário da Justiça.

Tal formalismo não decorre da lei, que autoriza a ciência dos atos processuais às partes interessadas por meio de diversas outras formas, como as intimações pessoais realizadas pela via postal e por oficial de justiça (art. 241, I e II, do CPC), por edital (art. 241, V, do CPC) e por meios eletrônicos (art. 221, IV, do CPC).

A intimação realizada pelo PJE via portal do advogado encontra plena previsão em lei<sup>21</sup>, que expressamente dispensa a renovação da prática do ato por meio do órgão de imprensa oficial, até mesmo para evitar incoerência ou duplicidade de fluência de prazos processuais.

Não se deve confundir comodidade com inconstitucionalidade.

O fato de ser mais trabalhoso ou complexo para o profissional advogado acompanhar as suas publicações em dois ambientes eletrônicos diversos – portal do advogado, para os processos eletrônicos do PJE, e Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, para os processos do acervo que tramitam em papel –, não implica em qualquer agressão ao princípio da publicidade, na medida em que, tanto em um quanto no outro, a lei assegura eficácia plena às comunicações ali disponibilizadas.

Impende enfatizar, nessa seara, que o controle social da publicidade dos atos do processo, no feito em que não há sigilo nem segredo de justiça determinados pelo juiz, se faz pelo acesso a diversas fontes de pesquisa, seja na análise da própria consulta pública da movimentação processual e de algumas peças básicas<sup>22</sup>, seja pelo acesso direto à íntegra do conteúdo dos autos eletrônicos feito por qualquer advogado credenciado no sistema.

21 Art. 5º da Lei nº 11.419/06.

22 O art. 4º da Resolução CNJ nº 121/01 prevê quais as peças processuais que precisam estar necessariamente disponíveis na rede mundial de computadores para acesso e ampla consulta pela sociedade em geral.

### 3.4 – O PJE e o uso de prova ilícita

A derradeira acusação lançada ao PJE como de pretensa violação ao princípio do devido processo legal é a facilidade com que as partes agora podem falsificar documentos digitalizados, valendo-se de prova ilícita na defesa de seus interesses.

O argumento é por demais simplório e não se sustenta ao menor crivo da razão, porquanto encontra-se totalmente obnubilado pelo preconceito.

Ora, também nos autos do processo materializado no papel, nunca restou eliminada por completo a possibilidade de fraude na confecção de documentos, em face da adulteração do suporte físico em que assentado o seu conteúdo.

Qualquer um pode adulterar um documento em papel e, por meio das modernas técnicas de reprografia, reproduzir um segundo documento novo, por cópia, com aparência de ser materialmente um documento perfeito.

No meio eletrônico do PJE, não é pelo simples fato de uma das partes digitalizar um documento, com a autenticação por certificado digital, que a parte adversa está vinculada e obrigada a aceitar como válido o seu conteúdo.

Essa aceitação, por lei, somente se dá pela inércia ou ausência de impugnação oportuna<sup>23</sup>.

Não é, pois, o suporte (papel ou eletrônico) quem define a qualidade e a veracidade do conteúdo do documento.

Por lei, cabe à parte que acoimar de falso um documento solicitar a sua plena desconSIDERAÇÃO como prova válida em autos judiciais, valendo-se para tanto do competente incidente de falsidade.

A Lei nº 11.419/06, em seu art. 11, § 2º, mantém a mesma sistemática de arguição de falsidade para a impugnação do documento eletrônico, de modo que nenhuma violação há ao princípio do devido processo legal.

## 4 – CONCLUSÕES

O PJE está disciplinado em lei ordinária, com regulamentação suplementar realizada por Resolução do CSJT, e nenhuma de suas funcionalidades atrita ou antagoniza com o megaprincípio do *due process of law*.

---

23 Nesse sentido, estabelece o art. 225 do Código Civil: “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”.

Temos uma tendência natural de enriquecer as coisas de significados, mas um princípio, por ser alicerce e espírito de um sistema, tem destinação perene, e, de regra, o seu processo evolutivo é obra dos séculos, e não dos momentos acidentais e circunstanciais.

A despeito de algumas posições doutrinárias vanguardistas que procuram sustentar uma principiologia própria e diferenciada para o processo eletrônico, não divisamos nenhuma modificação de essência na Constituição que autorize o magistrado a impor determinada prática procedimental violadora do devido processo legal, mitigando ou desprezando a aplicação de princípios tão caros ao ordenamento jurídico, entre os quais se destacam o da ampla defesa, o do contraditório, o da publicidade e o do amplo acesso à justiça.

A Lei nº 11.419/06 impõe uma colossal mudança na forma de implementação do serviço de entrega da prestação jurisdicional, mas não dá guarida a qualquer prática violadora das premissas do Estado Democrático de Direito.

Mudaram-se os suportes (do papel para o meio eletrônico), mas não mudou o caráter ético e finalístico do processo, que é servir de instrumento ajustado e conducente a uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva.

Os eventuais excessos e *error in procedendo*, naturais dentro de um sistema que privilegia o livre-convencimento e o poder diretivo do magistrado no processo, devem ser combatidos pelos meios recursais previstos no próprio ordenamento jurídico, não sendo justo, nem correto se imputar ao PJE a responsabilidade pelas maléficas consequências das opções procedimentais menos felizes de seus usuários.

# O TRABALHO DA MULHER E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Eneida Melo Correia de Araújo\*

## 1 – INTRODUÇÃO

O fato histórico de o trabalho feminino não haver ocupado sempre posições expressivas, em comparação com o masculino, fez com que a mulher, durante muito tempo, integrasse o chamado segmento das minorias.

A igualdade é um dos princípios fundamentais de qualquer Estado Democrático. A Constituição da República a consagra no *caput* e inciso I do art. 5º e nos incisos XXX a XXXIV do art. 7º.

Essas normas afirmam que os indivíduos são detentores de direitos e obrigações. Asseguram o direito de o cidadão obter o mesmo tratamento na aplicação das regras jurídicas. Trata-se de uma adequação à ideia de que as leis devem ser executadas sem que se considere a pessoa sobre quem seus efeitos serão operados. Ademais, estabelecem o dever para o legislador infraconstitucional de não criar regras jurídicas casuísticas, direcionadas aos interesses de indivíduos determinados. Vedam qualquer forma de discriminação.

É que a discriminação se manifesta pela ausência de justificativa razoável, objetiva, ou seja, de um motivo que poderia ser dirigido para qualquer pessoa, independentemente de sua cor, sexo, raça, origem, religião, situação de família, idade, concepções políticas ou filosóficas.

No campo do direito do trabalho, o princípio da igualdade assevera que homens e mulheres têm iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, de salários, de aperfeiçoamento profissional, de promoções e de critérios para terminação de seus contratos de trabalho.

O esforço por alcançar a igualdade e o afastamento da discriminação são projetos fundamentais dos diversos grupos sociais comprometidos com a

---

\* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região; professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

democracia, pressionando uma revisão constante de nossa legislação, no plano político, dos direitos civis, trabalhistas e na área do direito penal.

No Brasil, a sociedade dirige esforços por afastar todas as formas de discriminação, a fim de obter uma legislação efetivamente protetora para todos aqueles que possam ser vítimas de tratamento desigual, em face de outra pessoa ou grupo de pessoas. Existe, no seio da comunidade, um propósito de garantir a efetividade do princípio da igualdade real, material entre os trabalhadores.

Dessa forma, a existência de uma “essência feminina” não pode justificar a manutenção da opressão do Estado ou de particulares sobre a mulher. A condição feminina autoriza que sejam observadas as diferenças entre o homem e a mulher, as características fundamentais para criar uma discriminação positiva.

## 2 – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO TRABALHO DA MULHER

Consoante lúcida observação de Daniel Sarmiento, é por meio dos princípios que se processa a constitucionalização do direito privado, ainda que reconheça que também existem regras constitucionais alusivas a esse ramo jurídico. De toda sorte, constata que “(...) a primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem o direito privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais”<sup>1</sup>.

Seguindo essa linha de pensamento, confere-se maior relevância ao fato de que o marco inicial do processo de incorporação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil situe-se na ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, verificada em 1984. Conforme relato de Flávia Piovesan, a partir desse momento, outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos também ingressaram na nova ordem jurídica brasileira, sob a égide da Constituição Republicana de 1988<sup>2</sup>.

A ratificação da aludida Convenção pelo Brasil e o reconhecimento do papel dos princípios constitucionais para a formação e compreensão da ordem jurídica revelam a natureza de cunho fundamental da isonomia e dos direitos da mulher. Sendo assim, apresentam-se capazes de conferir um caráter expansionista não somente às relações de trabalho, mas aos diversos planos da vida em sociedade.

---

1 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 88.

2 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 253.

O conceito de igualdade, originário do direito público, ao ingressar no direito privado – como é o caso do direito do trabalho e do direito civil –, exige, além de um tratamento igual para todos os indivíduos, a vinculação do legislador à criação de um direito igual para todos. Trata-se de direito fundamental, de direito humano.

Esse direito igual para todos, na lição de J. J. Canotilho, diz respeito à compreensão de que o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também de Estado Social, pois ele se traduz em igualdade de oportunidades e de condições reais de vida. Acha-se vinculado a uma política de justiça social e de imposições constitucionais que efetivem direitos econômicos, sociais e culturais. É inerente à igual dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

Sendo a dignidade humana valor essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito, a partir desse princípio difundem-se normas por ele impregnadas, conferindo unidade ao sistema.

Oportuna é, ainda, a observação de Daniel Sarmiento ao aludir que uma das características principais do direito constitucional contemporâneo é a importância atribuída aos princípios, reconhecendo-lhe uma força normativa. E acrescenta que os princípios constitucionais expressam ideais de justiça de uma comunidade, propiciando ainda a comunicação do direito com a ética<sup>4</sup>.

O princípio da igualdade é direito fundamental e tem uma relação indissolúvel com o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos dos Estados Democráticos. O respeito à dignidade humana impõe a observância ao princípio da igualdade; e a preocupação em tornar efetivos os padrões de igualdade em uma sociedade realiza igualmente o projeto de respeito à dignidade humana.

Por sua vez, o princípio da igualdade não impede que a lei estabeleça distinções, vedando o arbítrio. É necessário, todavia, que essas diferenças incorporem um fundamento dotado de razoabilidade e, como tal, seja legítimo. Tanto é assim que as constituições democráticas consagram um princípio de igualdade material, compreendido em um mesmo tratamento para aqueles que são iguais, e diferente quando os dados alusivos à igualdade não existem.

O princípio da isonomia, fundado na proibição de discriminar e de conferir tratamento diferenciado, quando se trata do trabalho do homem e da mulher, deve ser interpretado atendendo a algumas distinções fundamentais.

---

3 CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 567.

4 SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 78-79.

Diferenças alusivas à maternidade, à saúde e à segurança impõem uma proteção mais intensa.

Constata-se, portanto, que o direito do trabalho tem um valor incomensurável para a construção da justiça social e da cidadania. Chiara Saraceno destaca um aspecto interessante – que confirma essa assertiva – ao aludir à abordagem procedida pelos estudiosos dos sistemas do denominado Estado do Bem-Estar Social. Esclarece que essa análise leva à constatação uniforme de que os direitos sociais continuam sendo verdadeiros direitos do trabalho<sup>5</sup>.

Deve-se entender que o princípio da igualdade comporta igual tratamento, as mesmas oportunidades, vedando as preferências que se traduzam em lesão à dignidade do ser humano; e esse princípio admite distinções, desde que sejam fundadas na razoabilidade, na ausência de arbitrariedade.

O objetivo de alcançar uma proteção especial para o contrato de trabalho da mulher decorre de uma perspectiva que tem suas origens na luta pela igualdade. É que somente se pode considerar a existência da igualdade real entre os indivíduos quando conferida a algumas pessoas ou grupos de pessoas um tratamento mais favorável.

As regras internacionais e do direito interno referentes à garantia ao trabalho da mulher não versam exclusivamente sobre a condição feminina. Elas também se dirigem para as situações especiais da existência da mulher, nas quais o cuidado leva em consideração a tutela da sua própria natureza, como o é a alusiva à maternidade.

Sem dúvida, esse quadro de legalidade não pode ser desprezado no Estado de Direito. Mesmo que se trate de um arcabouço formal, constitui-se em garantia também para o exercício básico de outro direito humano, o da cidadania.

Divisa-se, portanto, em relação à trabalhadora do sexo feminino, uma cidadania individual, mas, igualmente e sobretudo, social, na qual estão envolvidas as várias modalidades de relações entre os sujeitos. Uma dimensão de solidariedade deve ser conferida à interdependência entre os indivíduos, na qual homens e mulheres definam, elejam e permutem seus deveres, necessidades e desejos.

---

5 SARACENO, Chiara. A dependência construída e a interdependência negada. Estruturas do gênero de cidadania. In: BONACCHI, Gabriella; GROPPi, Angela (Org.). *O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista – UNESP, 1995. p. 223-224.

### 3 – ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROTEÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO DA MULHER

A preocupação dos diversos segmentos sociais em vários países do mundo, dirigida ao trabalho da mulher, decorreu da exploração aguda e deflagrada pela Revolução Industrial em relação ao labor feminino.

A História demonstra as extenuantes e longas jornadas que a adoção do pensamento liberal e do individualismo jurídico exigia dos trabalhadores e, entre eles, a criança e a mulher. Acrescente-se a esse quadro perverso as condições insalubres e perigosas e os salários ínfimos que lhes eram destinados.

O fato histórico referente à exploração do trabalho da mulher no sistema produtivo, além de injusta do ponto de vista humanitário, também impedia a transmissão de riquezas, ao não poderem ingressar na economia de consumo, monetária e de crédito de forma digna.

Fernando Suárez González salienta a razão do uso das chamadas “meias forças” pelo mercado, por ocasião da inserção das máquinas em grande escala no processo de produção <sup>6</sup>. Opera-se, portanto – em favor da mais-valia –, a troca do trabalho masculino, de maior capacidade muscular e esforço físico, geralmente de maior custo econômico, pelo labor feminino e das crianças e adolescentes, sempre malremunerado.

Por sua vez, Carmen Sáez Lara esclarece que os países da Europa Ocidental identificaram a discriminação em razão do sexo como causa histórica, e a mais importante. Enfatiza que as mulheres constituem um grupo social minoritário em termos de poder se comparadas aos homens, sendo um segmento protegido por meio de normas que proíbem a discriminação em razão do sexo<sup>7</sup>.

Dessa forma, a intervenção do Estado nas relações do trabalho deve considerar a capacidade de prestação de serviços, de participar da atividade produtiva, de ter acesso a uma relação jurídica de subordinação, avaliando aspectos de ordem biológica, psíquica, moral e cultural do ser humano.

---

6 SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando. *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967. p. 13-14. Com efeito, como lembra o autor, o ingresso das chamadas “meias forças” ao sistema de produção traduziu-se pelo emprego do trabalho dos menores e das mulheres em substituição ao dos homens adultos, como uma maneira de barateamento dos custos. Consideravam os empregadores que, com a utilização das máquinas nas indústrias, muitos dos serviços que, antes, estavam afetos aos homens, mediante um trabalho manual, poderiam ser realizados de acordo com um comportamento de atenção e de mera vigilância por parte dos trabalhadores.

7 SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994. p. 45. Ressalta a autora que as mulheres são um grupo minoritário no mundo do trabalho, sendo uma preocupação internacional, particularmente da Organização Internacional do Trabalho, a proteção internacional das minorias, entre as quais se encontra a alusiva ao sexo.

As normas de proteção às mulheres, que se inserem nos contratos individuais de trabalho, atendem às diretrizes do direito internacional do trabalho e do direito internacional público, modeladas no Tratado de Versalhes, na Declaração de Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

Sendo assim, a justificativa do empregador no sentido de optar por um homem na contratação, em detrimento de uma mulher, deve repousar em juízo de necessidade para a execução de determinado trabalho sob pena de, apresentando um argumento não real, vislumbrar-se ataque direto ou indireto à igualdade de oportunidade no emprego. Para que possa deixar de admitir, promover ou para que seja legitimada a dispensa de uma mulher, favorecendo ao homem, se faz indispensável que o comportamento do empregador esteja pautado em fundamento razoável, desprovido de arbitrariedade, em um motivo justo, enfim.

A pretensão a uma tutela especial para o contrato de trabalho da mulher configura-se em um projeto que tem suas raízes na luta pela igualdade. É que somente se pode considerar a existência de uma igualdade real entre os seres humanos à medida que se conceda a algumas pessoas ou grupos de pessoas um tratamento mais favorável.

Esses segmentos são, precisamente, os integrados por pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, tais como os pobres e os trabalhadores em geral; por aqueles que não dispõem mais de todas as suas energias físicas ou mentais, como os idosos, os inválidos e os possuidores de necessidades especiais; em benefício dos que, em razão da idade, ainda não possuem toda capacidade física, mental, psicológica e educacional, como os menores; e aquelas pessoas que, em alguns períodos de suas vidas, necessitam, efetivamente, de maior proteção social e jurídica, como as mulheres gestantes.

Nessas órbitas jurídicas, o princípio da igualdade tem em consideração as diferenças que não são discriminatórias, arbitrárias, desprovidas de razoabilidade, cuidando de conferir especial regulamentação às classes de pessoas ou grupos que se revelem mais necessitados de tutela.

Uma legislação, dotada de carga maior de amparo para as mulheres, não deve ser interpretada como correspondendo à retirada de direitos dos trabalhadores em geral. Inversamente, no plano da igualdade de direitos, somente ao ser destinada uma proteção mais intensa a quem dela necessita dá ensejo à efetivação do princípio da igualdade.

A mulher detém uma condição peculiar – entre outros aspectos – porque traz dentro de seu corpo a possibilidade da maternidade. Esse aspecto é um dado relevante e suficiente para que se justifique um tratamento diferenciado,

protetor, que, em vez de diminuir o direito do homem, amplia o da mulher, para, então, alcançar um patamar de igualdade material.

O contrato de trabalho firmado com a mulher não é contrato especial. Detém a mesma natureza que a relação estabelecida com o trabalhador do sexo masculino. O que lhe confere uma luz própria é a atenção diferenciada que sobre ela recai. Trata-se de uma ordem de proteção mais incisiva, para poder ser alcançada a igualdade e realizar-se o respeito ao interesse público e à dignidade humana.

Esses matizes contêm incomensurável importância para uma nação, na medida em que está sendo resguardado bem fundamental, de índole constitucional: a integridade física, psicológica, moral e cultural da mulher. É que não se deve olvidar – em nenhuma circunstância – o papel social e político da mulher perante a família e o Estado; e a democracia não se efetiva sem o equilíbrio necessário a esses planos de vida do ser humano.

Demonstra inteira propriedade o pensamento de Brancolina Ferreira ao afirmar que não há democracia em um país sem relações de trabalho igualmente democráticas, aspecto que, entre outros, impõe o direito de qualquer trabalhador ocupar seu espaço político<sup>8</sup>.

#### 4 – PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO AO TRABALHO DA MULHER

As primeiras normas de tutela à relação de emprego, adotadas pelos diversos sistemas jurídicos do mundo, após a criação da Organização Internacional do Trabalho, destinam-se a regular e proteger o trabalho da mulher e do menor.

Conforme realça Fernando Suárez González, atendia-se às obrigações familiares afetas à mulher e às exigências de educação e cultura com respeito ao menor<sup>9</sup>.

Essas normas jurídicas objetivavam conciliar o papel da mulher na família e no trabalho, o qual, na maior parte das vezes, era exercitado em condições extremamente graves para a sua saúde física e mental. Também era objetivo com a edição de tais regras permitir à criança o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

No campo das relações de trabalho, o direito internacional do trabalho vem pugnando no sentido de que os países que integram a Organização Inter-

---

8 FERREIRA, Brancolina. *A construção da cidadania*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 62.

9 SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 32.

nacional do Trabalho adotem medidas para efetivar as disposições de respeito aos direitos da mulher, entre os quais o de acesso ao emprego, o de manutenção e proteção contra a despedida, o de amparo à maternidade e o de direito à intimidade e privacidade.

Entende-se assim o fato de que no mesmo ano em que foi celebrado o Tratado de Versalhes, em 1919, também surgiu a Convenção nº 3, sobre o trabalho da mulher antes e depois do parto. E, ainda naquele ano, foi promulgada a Convenção nº 4, regulando o trabalho noturno da mulher na indústria.

Revelando uma índole expansionista, em 1952 foi aprovada, na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, a Convenção nº 103, em vigor no plano internacional desde 7 de junho de 1958, dela constando uma série de normas alusivas ao amparo à maternidade, destinadas a todas as mulheres empregadas.

Pode-se asseverar que é a garantia mais expressiva destinada à mulher trabalhadora e que se encontra agasalhada em diversos ordenamentos de Estados que subscreveram os documentos elaborados pela Organização Internacional do Trabalho.

Essa Convenção, denominada de “Amparo à Maternidade”, diz respeito ao descanso antes e após o parto; ao amparo na situação do aborto; ao direito de amamentação; às oportunidades de admissão e permanência no emprego; à manutenção da remuneração durante os afastamentos, entre outros aspectos de proteção. Ela se dirige a todas as empregadas, inclusive as que prestam serviços assalariados em seus domicílios e as domésticas.

Essa norma jurídica também veda a despedida da empregada durante o gozo da licença-maternidade, e não admite exclusões quanto à garantia de emprego apoiadas na natureza do contrato de trabalho celebrado na condição pessoal ou profissional da trabalhadora perante o empregador.

Registre-se que, considerando as disposições contidas na Convenção nº 103 da OIT, o benefício da garantia de emprego é dirigido também à mulher na hipótese de ocorrer parto antecipado e, ainda, se der à luz a criança sem vida.

Mediante essa Convenção, os Países-membros ficaram obrigados a conceder licença-maternidade, que inclui licença pré-natal suplementar, em caso de doença resultante da gravidez; prorrogação da licença-maternidade após o parto; assistência médica; livre-escolha de médico e de estabelecimento público ou privado. Também se acha garantido o direito – ao retornar ao emprego, após a fruição da licença – de usufruir a interrupção do seu trabalho com a

finalidade de amamentar seu filho durante um ou vários períodos de acordo com a legislação nacional.

Observa Amauri Mascaro Nascimento que, presentemente, os vários sistemas jurídicos no mundo, como o do México, o da França e o da Itália, adotaram uma forma promocional de direito de proteção às mulheres e aos menores<sup>10</sup>. O Brasil seguiu esse caminho.

Outro plano de direito, fundado no respeito ao princípio da isonomia e ao da dignidade humana, e que sempre esteve presente no seio da classe trabalhadora, foi o da igualdade de salário. Todavia, somente foi consolidado a partir do Tratado de Versalhes, de 1919. Nesse documento ficou consagrado, como um de seus nove princípios, que ao trabalho de igual valor deveria corresponder igual salário, sem distinção de sexo.

Por sua vez, com o objetivo de tornar real a isonomia nas relações de trabalho, preconizada no Tratado de Paz, foi criada a Convenção nº 100 da OIT, em vigor no plano internacional desde 23 de maio de 1953. Nela há diretrizes quanto ao direito de salário igual entre o homem e a mulher para trabalho de igual valor, incorporando o princípio insculpido no Tratado de Paz.

Acrescente-se que, posteriormente, o Pacto da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre direitos econômicos e sociais fez constar no art. 2º o princípio da isonomia não somente em razão do sexo, mas, também, em decorrência de cultura, raça, cor, religião, opinião, posição econômica, nacionalidade, nascimento, concepções políticas ou qualquer outra condição.

É relevante destacar que, ao estabelecer a igualdade salarial, a Convenção nº 100 da OIT dispôs que, para os fins de salário igual previsto naquela Convenção, o termo “remuneração” compreenderia o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura*, pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último. Fez apenas ressaltar que a igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor dizia respeito às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo. Ademais, nela ficou expresso que esse princípio deveria ser incentivado

---

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 682-683. Consoante o autor, esses sistemas deixaram de fazer residir a proteção ao trabalho da mulher na vedação de certas atividades, o que, na prática, conduzia à restrição de oportunidades de trabalho e de profissionalização. As normas jurídicas alinham-se no sentido de promoverem o trabalho da mulher, conferindo-lhe as mesmas oportunidades que são deferidas ao trabalhador do sexo masculino. Trata-se de um direito promocional a que aderiu o sistema jurídico brasileiro a partir da Lei nº 7.855, de 1989.

e assegurado pela legislação nacional, mediante negociação coletiva ou por um sistema que combinasse diversos meios.

Esclarece Efrén Borrajo Dacruz que é uma ideia central a de equiparação do regime jurídico do trabalho da mulher e do homem, de acordo com o princípio estruturado pela OIT desde 1919, de que ao trabalho igual deve corresponder salário igual<sup>11</sup>.

Como lembram Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o princípio da isonomia salarial acha-se incorporado ao direito positivo dos povos cultos, estampado como norma constitucional e diretriz universal do direito do trabalho<sup>12</sup>.

Tendo em vista as disposições da Convenção nº 100 da OIT, o direito à equiparação quanto ao regime jurídico deve ser interpretado como não limitado ao salário igual. Importa que se conceba a garantia de acesso ao emprego e a possibilidade de mantê-lo, a obtenção de postos mais elevados na hierarquia da empresa, o progresso profissional e o aperfeiçoamento, bem como a vedação de despedida mediante um ato que revele preterição em face do sexo por parte do empregador.

Ressalte-se, ainda, que o princípio da isonomia, consubstanciado na proibição de ato discriminatório, em face do trabalho do homem e da mulher, atende a algumas distinções fundamentais. São diferenças em favor da maternidade, estado que merece uma proteção incomum ao trabalho desenvolvido pela mulher. Essa tutela especial a certas classes de pessoas se encontra de acordo com o direito internacional público.

Carmen Sáez Lara confere realce ao aspecto de que a proibição de discriminação no direito internacional público objetiva alcançar a igualdade real e efetiva, compatibilizando-se com medidas especiais de promoção dos diferentes grupos protegidos<sup>13</sup>.

O conceito de discriminação, oferecido pela OIT na Convenção nº 111, é adequado a todos os povos que adotaram uma forma democrática e pluralis-

11 DACRUZ, Éfrén Borrajo. *Introducción al derecho del trabajo*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 33.

12 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 250.

13 SAÉZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo*: las discriminaciones directas e indirectas. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994. p. 22-27. Carmen Sáez Lara chama a atenção para o fato de que apenas a partir dos anos 70 foram incorporadas normas antidiscriminatórias ao terreno da discriminação sexual no trabalho, não obstante já se tratasse de um princípio geral de direito internacional público e um princípio constitucional inserido no direito interno de vários países. E cita os exemplos da Sex Discrimination Act britânica de 1975; a Diretiva Comunitária 76/207 sobre igualdade de tratamento; a Lei italiana nº 903, de 1977, e a recente Lei italiana nº 125, de 10 de abril de 1991, além da lei francesa de 13 de julho de 1983 e da Proposta de Diretiva Comunitária sobre a Inversão do Ônus da Prova.

ta de regular os seus destinos, e o fundamento filosófico que recusa práticas discriminatórias é o do respeito à dignidade humana, princípio universalmente aceito pelas nações.

## 5 – O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO DA MULHER

O sistema jurídico brasileiro contém na Constituição da República e em normas infraconstitucionais regras que observam o princípio de proteção ao trabalho da mulher, estruturado nas linhas diretrizes do direito internacional do trabalho.

As regras jurídicas trabalhistas, bem como as normas autônomas criadas pelas partes por meio de negociação coletiva, exigem tratamento especial ao trabalho da mulher, em face da situação que ocupa na sociedade.

A Constituição da República, no art. 7º, XVIII, seguindo a Organização Internacional do Trabalho, assegura licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com duração de 120 dias. Absorve, portanto, os princípios consagrados na Convenção nº 103 da OIT.

Por seu turno, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10, II, *b*, proíbe a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a data da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Importa ressaltar que o princípio constitucional insculpido no inciso XX do art. 7º da Constituição Republicana, que declara que haverá proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, representa um compromisso com o princípio da isonomia. Acha-se consentâneo com a Convenção da ONU, de 1975, ratificada pelo Brasil.

Ampliando essa proteção pessoal e temporal à mulher trabalhadora, o Congresso Nacional decretou e sancionou a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Criou-se o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal. De acordo com essa norma jurídica, assegura-se a prorrogação da licença-maternidade, prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, por 60 dias a toda a empregada de pessoa jurídica que aderir ao Programa. A lei também garante igual direito, e na mesma proporção, à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção de criança. Em seu bojo acha-se dirigido preceito à administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizando-a a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras nos mesmos padrões adotados para as empresas privadas.

O esforço para atingir os princípios da igualdade e para afastar a discriminação do campo das relações de trabalho orientou a revisão da legislação trabalhista infraconstitucional. Dentro dessa ordem de raciocínio é que pode ser compreendida a nova postura da Consolidação das Leis do Trabalho, desde o advento da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989.

Em face dessa lei é conferido à mulher o mesmo tratamento destinado ao trabalhador maior de idade do sexo masculino. Garantiu-se, todavia, o respeito às limitações de ordem física, como, nomeadamente, no tocante ao excesso de força muscular, limitando em 20 kg o trabalho contínuo, ou 25 kg o trabalho ocasional (art. 390 da CLT). Por igual, reafirmou-se o direito para as mulheres de disporem de vestiário com armários privativos individuais, sempre que trabalhem em locais que exijam que troquem suas roupas (inciso III do art. 389 da CLT). E, quando os estabelecimentos possuírem pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade, haverá um espaço apropriado para manterem seus filhos, no período de amamentação, sob vigilância e assistência durante a jornada de trabalho (§ 1º do art. 389 da CLT).

Fruto do reconhecimento do inestimável valor que o direito internacional e o direito constitucional brasileiro dedicam à maternidade, o sistema jurídico trabalhista nacional editou o art. 391-A. De acordo com esse dispositivo, a mulher goza da estabilidade no emprego, mesmo na hipótese de a concepção se verificar no curso do aviso-prévio, ainda que este lhe seja concedido no modelo indenizado.

De incomensurável importância para a mulher trabalhadora foram as disposições trazidas à Consolidação que amparam a adoção. De acordo com o art. 392-A, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança faz jus à licença-maternidade nas mesmas condições em que é concedida à trabalhadora que dá à luz.

Igualmente merece registro a interpretação que o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais do Trabalho do país conferem à estabilidade da mulher decorrente da gravidez; é que o emprego lhe é assegurado em qualquer modalidade de contrato de trabalho. Visando à tutela do nascituro e da mulher gestante, a garantia de emprego é reconhecida em qualquer modalidade de contrato, ou seja, nos contratos por prazo indeterminado e nos contratos por prazo determinado, e mesmo na hipótese de vínculo firmado com a Administração Pública. Configura-se, sem dúvida, em uma ampla e justa jurisprudência firmada à luz da Convenção nº 103 da OIT e da Constituição Republicana de 1988.

Norma de excepcional importância e que atende aos postulados universais de proteção à maternidade encontra-se no § 4º do art. 392 da CLT. Essa regra jurídica contempla a empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e vários direitos. Assim, nomeadamente, o de transferência de função, por motivo de saúde, garantindo-lhe a função anteriormente exercida, logo após o regresso ao trabalho. Também permite que a gestante utilize o tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares no curso da gravidez.

A legislação de proteção à maternidade confere à trabalhadora o mínimo de equilíbrio psicológico e financeiro durante a época de sua gestação e no período imediato que se segue ao parto. É que o desemprego traz impactos muito fortes sobre o ser humano, notadamente à mulher, portadora da maternidade, que se defronta com um mercado de trabalho pouco propício à sua absorção nessa fase de sua vida.

A ordem jurídica brasileira – orientando-se pelo direito internacional do trabalho – assevera que as medidas de proteção ao trabalho da mulher são revestidas de natureza de ordem pública. Nesse sentido, acha-se o art. 377 da CLT.

Como se pode constatar, na ordem jurídica brasileira, a mulher detém tratamento diferenciado daquele concedido ao trabalhador do sexo masculino, quanto ao acesso ao emprego, à sua manutenção, à dispensa imotivada, bem como em face à gestação, aborto, maternidade e amamentação, locais para guarda e vigilância dos filhos, vestiários especiais, além da limitação ao esforço muscular.

Tal consequência demarca a natureza do direito protegido, de ordem pública, e reafirma o princípio da responsabilidade do empregador pelos riscos do empreendimento econômico e de sua parceria com a sociedade e com o Estado, no sentido de partilhar o dever de amparar a saúde, a integridade e a maternidade da trabalhadora. É que são direitos fundamentais, dirigidos à mulher, ao nascituro e à comunidade como um todo.

Também a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, traduz-se em norma tutelar especial. Protege os trabalhadores que possam ser vítimas de discriminação, ou de um tratamento desigual, em face da outra pessoa ou grupo de pessoas. O legislador proibiu a prática de qualquer ato discriminatório e restritivo, para os fins de acesso ao emprego ou a sua manutenção ao trabalho, motivados no sexo, na cor, na raça, na origem, no estado civil, na situação familiar ou na idade.

Essa norma jurídica contém a consagração do princípio da igualdade real, material, entre os trabalhadores e, especificamente, daqueles que pretendem um emprego ou que possuem um posto de trabalho. Assegura a igualdade

entre homens e mulheres para a admissão no emprego, a sua conservação e até mesmo para a terminação do contrato.

A fim de evitar uma das mais comuns e odiosas formas de discriminação ao trabalho feminino, a norma jurídica supramencionada, especificamente, alude à proibição de exigência pelo empregador à trabalhadora de atestados de gravidez e à esterilização. Mas, ao reportar a “outras práticas discriminatórias”, ampliou a abrangência material (para proibir qualquer tipo de ato discriminatório contra a mulher) e pessoal (contra qualquer pessoa: homem ou mulher). É a interpretação que se extrai da aludida lei.

Assim, configura-se uma atitude discriminatória contra a mulher deixar de contratá-la, de promovê-la ou despedi-la em razão de matrimônio, de haver rompido o casamento, por estar grávida, por não ter procedido à esterilização, por possuir filhos, em face da cor, da origem social, da religião, etc.

Inquestionáveis os benefícios que podem ser alcançados pelos segmentos sociais menos favorecidos mediante a adoção de regras especiais de tutela. Não pode, assim, o empregador invocar o argumento da condição feminina, da gestação, da idade (salvo as exceções que a Constituição Federal estabelece sobre o trabalho do menor), da cor, da origem, da raça, da situação familiar ou do estado civil para não contratar ou extinguir o contrato de trabalho.

Diante desses dispositivos, os homens podem exigir que essa legislação também os favoreça, quando forem atingidos por atos de discriminação em decorrência de preferência sexual não convencional, de idade (exceção à vedação contida no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal), por motivo de raça, de estado civil ou situação familiar, de saúde e de origem.

A Lei nº 9.029/95 segue a Convenção nº 111 da OIT<sup>14</sup>.

---

14 A Convenção nº 111 da OIT, ao adotar as normas jurídicas contra a discriminação em matéria de emprego e ocupação, considerou o conteúdo da Declaração de Filadélfia, que afirma que todo o ser humano, seja qual for a raça, credo ou sexo, tem direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais. E levou em consideração, ainda, o fato de ser a discriminação uma violência aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Convenção declarou o que entendia por discriminação, conceito que vem sendo acolhido nas legislações dos países democráticos, como, nomeadamente, na Espanha, na França, na Itália e no Brasil, entre outras nações. Segundo o art. 1 da Convenção, a discriminação deveria ser entendida como toda distinção, exclusão ou preferência baseada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que objetive destruir ou modificar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou de profissão. E acrescentou que, para os fins de sua aplicação, “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego. E, logicamente, permitiu que pudessem ser feitas distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego, não as reputando como práticas discriminatórias.

Especificamente no que diz respeito à proteção à mulher, ocorreu um inequívoco avanço da legislação na área trabalhista, ao inibir o poder ilimitado do empregador, quer no ato da admissão, quer para extinguir o contrato de trabalho. Há uma diretriz, de natureza relativa, amparando a trabalhadora, ao proibir que o empregador deixe de contratar a mulher, de promovê-la, de manter o vínculo trabalhista ou de realizar a rescisão do contrato por motivo que configure ato de discriminação.

Ressalte-se a introdução no conjunto de normas de proteção à mulher contra os atos de discriminação, o texto oriundo da Lei nº 9.799, de 26.05.99. Essa Lei inseriu na CLT dispositivos específicos sobre o acesso da trabalhadora ao mercado de trabalho. As regras contidas nos arts. 373-A, VI, parágrafo único, 390-E e 392, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho representam uma afirmação positiva no sentido de evitar práticas que restrinjam a oportunidade de a mulher obter postos de trabalho.

O art. 373-A da CLT proibiu os seguintes atos: publicar ou fazer publicar anúncio de emprego em que haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; proceder, quer o empregador, quer o preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Ficam ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, e certas especificidades que decorram de acordos trabalhistas.

No parágrafo único desse artigo, o legislador afirmou que as vedações criadas não obstem a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homem e mulher, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Por seu turno, o art. 390-E da CLT permite que pessoa jurídica associe-se à entidade de formação profissional, sociedades civis, cooperativas, órgãos

e entidades públicas ou órgãos sindicais, bem como autoriza a celebração de convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

As regras advindas das normas infraconstitucionais atendem ao princípio constitucional de igualdade, inserido no inciso I e no *caput* do art. 5º e no inciso XXX do art. 7º, ambos em consonância com as novas políticas internacionais, que buscam afastar dos sistemas jurídicos preceitos discriminatórios.

## 6 – CONCLUSÃO

A compreensão sobre o trabalho da mulher deve assentar-se no pressuposto já construído, sedimentando ao longo de anos de luta contra a opressão e a discriminação, e que tem fundamento nas inúmeras normas internacionais elaboradas pela Organização Internacional do Trabalho. Não existe possibilidade de adotar-se o retrocesso social, haja vista a natureza de direito fundamental, de direito humano que reveste as normas de proteção ao contrato de trabalho da mulher.

É que a tutela especial para o contrato de trabalho da mulher configura-se em um projeto marcado pela luta e pela igualdade, e somente é possível reconhecer a existência de igualdade real entre os seres humanos à medida que algumas pessoas, ou grupos de pessoas, recebam um tratamento mais favorável.

As regras internacionais de proteção ao trabalho da mulher não se referem à condição feminina exclusivamente. Elas procuram regulamentar, também, os momentos especiais da existência da mulher, nos quais o cuidado com a sua pessoa se traduz em tutela à própria natureza humana, como é o caso da gravidez, do aborto, da amamentação, da maternidade, da saúde, da segurança, da vida, enfim.

As legislações dos países que integram a Organização Internacional do Trabalho dispõem de natureza tutelar; e, no tocante à proteção à mulher, as normas objetivam atender à condição diferenciada do sexo feminino.

O conceito de discriminação, adotado em todos os países democráticos, possui um fundamento filosófico que recusa comportamentos contrários à dignidade humana – princípio universal. As balizas de amparo ao trabalho reportam-se a um tratamento igual para o homem e para a mulher, proibindo-se a discriminação de salário e de ingresso no mercado de trabalho, garantindo a profissionalização e aperfeiçoamento.

A igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer ordem, corresponde ao direito de ter a vida, a liberdade, a segurança, a cidadania, a dignidade e a

propriedade resguardadas, independentemente de ser homem ou mulher, de sua cor, origem social, nacionalidade, idade, estado civil, religião, ideologia, crenças ou credos.

No plano das relações de trabalho, um dos objetivos do princípio da igualdade é o de permitir que homens e mulheres tenham iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, de salários, de promoções e, até mesmo, de critérios para a terminação de seus contratos de trabalho.

O estudo sobre o trabalho da mulher e a interpretação a ser atribuída às normas que o regulam, iluminados pelo princípio da igualdade, devem guiar-se por uma concepção crítica, amparada em aspectos de justiça e progresso social.

Finalmente, é preciso que se estabeleça um vínculo entre aqueles que têm uma proposta democrática de participação dos homens nos destinos da nação e na construção diária do direito. Um direito que pode ser vivido em conjunto com outros povos, com outras nações, unidos por um mesmo ideal. É possível que, com essas perspectivas, assinale-se o início de um novo momento histórico.

## 7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DACRUZ, Efrén Borrajo. *Introducción al derecho del trabajo*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

FERREIRA, Brancolina. *A construção da cidadania*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARACENO, Chiara. A dependência construída e a interdependência negada. Estruturas do gênero de cidadania. In: BONACCHI, Gabriella; GROPPi, Angela (Org.). *O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista – UNESP, 1995.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando. *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

# A INEVITABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO

**Enoque Ribeiro dos Santos\***

**Bernardo Cunha Farina\*\***

## 1 – INTRODUÇÃO

**E**m face dos recentes desdobramentos das greves de várias categorias de servidores públicos, que, por meio dos sindicatos representativos, se acamparam em Brasília, no final do ano passado, reivindicando direitos de seus representados, o que culminou com a celebração de acordos coletivos de trabalho com o Estado, por meio do Ministério do Planejamento, e pôs fim ao movimento paredista, com a aceitação do reajuste salarial de 15,8% proposto pelo Executivo, descortinaram-se novos horizontes para o revigoramento do instituto da negociação no setor público.

Em relação à participação do Estado como contratante de trabalhadores, na última década, o setor público se agigantou e hoje, sem dúvida, a Administração Pública se apresenta como a maior empregadora. De uma força de trabalho nacional que se aproxima de 100 milhões de pessoas, certamente a Administração Pública emprega direta e indiretamente, segundo dados do IBGE, um contingente superior a 13 milhões de trabalhadores, daí sua relevância social e jurídica.

A negociação coletiva de trabalho, considerada uma das formas mais eficazes de pacificação dos conflitos coletivos, instituto moderno do direito coletivo do trabalho, deverá ser fomentada no âmbito da Administração Pública, na medida em que seu alcance transcende os meros interesses individuais dos servidores públicos para atingir toda a sociedade.

---

\* *Professor associado da Faculdade de Direito da USP; livre-docente e doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP; procurador do trabalho do Ministério Público do Trabalho (PRT 2ª Região, São Paulo Capital).*

\*\* *Advogado; especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UDC (União Dinâmica de Faculdades Cataratas); mestrando do curso de pós-graduação stricto sensu em sociedade, cultura e fronteiras da Unioeste (Universidade Estadual do Oeste do Paraná).*

É justamente sobre essa importante temática e enorme desafio que nos propusemos a examinar nas próximas linhas, tendo em vista contribuir, minimamente que seja, para o debate acadêmico e parlamentar no que tange à necessidade de pleno desenvolvimento da negociação coletiva no setor público.

A concepção de que as condições de trabalho no setor público, especialmente no que diz respeito aos subsídios e à manutenção de seu poder nominal, somente poderiam ser fixadas unilateralmente pelo Poder Executivo recua à concepção de Estado como ente englobador da sociedade, autoritário, arbitrário, ou seja, remonta aos princípios do direito administrativo, não em uma perspectiva de impor limites ao poder do Estado, mas, sim, num cenário de manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço antagônico à atuação do particular e a dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que impediu por muito tempo a sindicalização dos servidores públicos.

O direito à liberdade sindical, já consagrado pela Convenção nº 87 da OIT, é direito humano fundamental, portanto, preexistente ao direito positivo que somente pode reconhecê-lo ou declarar sua existência, do qual emanam os direitos à negociação coletiva e à greve, considerados os pilares do direito coletivo, indissociáveis numa relação tridimensional que perderia todo o sentido sem qualquer um desses seus três elementos constitutivos.

Nessa direção, se a Constituição Federal de 1988 garante ao servidor público o direito à livre-associação sindical e à greve, o caminho estava aberto ao reconhecimento do direito ao exercício da negociação coletiva no setor público, como corolário lógico, o que a ratificação da Convenção nº 151 da OIT somente veio a cancelar.

Nesse quadro social e jurídico, passamos a analisar a complexidade da negociação coletiva de trabalho no setor público brasileiro.

## 2 – A SOCIEDADE, O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### *2.1 – Conceito de Estado e sua atual relação com a sociedade*

Em razão de o tema do presente artigo ser a negociação coletiva de trabalho no setor público, forçoso é explanar, mesmo que perfunctoriamente, sobre Estado, Administração Pública e Sociedade, evidentes que são as imbricações existentes que muitas vezes chega à sobreposição.

Por ser o Estado uma criação jurídica, artificial, de situação de fato que foi se construindo e modificando-se ao longo da história, sua conformação, compreensão, relação entre seus elementos constitutivos, poderes e seu víncu-

lo com a sociedade, decorrem mais de posição ideológica do observador que propriamente do direito, ou seja, provém fundamentalmente de como o jurista vê a democracia, a sociedade, o Estado, e o papel deste naquelas<sup>1</sup>.

Oportuno trazer à consideração que o conceito de sociedade é polissêmico, admitindo diversas acepções e que, de acordo com Norberto Bobbio<sup>2</sup>, durante séculos, a expressão sociedade civil foi usada para designar o conjunto de instituições e de normas que hoje constituem exatamente o que se chama de Estado.

Para aquele autor, foi a partir de Marx e Hegel que foi instalada a dicotomia sociedade civil *versus* Estado, mas indaga se atualmente a distinção entre sociedade civil e Estado ainda tem alguma razão de ser, pois afirma que ao processo de emancipação da sociedade em relação ao Estado totalitário seguiu-se o processo inverso de reapropriação do Estado à sociedade, dando surgimento ao Estado Social de Direito.

Ainda segundo Bobbio, trata-se “não só do Estado que permeou a sociedade, mas, também, do Estado permeado pela sociedade”. Contudo, alerta que a contraposição entre sociedade civil e Estado ainda persiste, numa convivência contraditória, dialética, não suscetível de conclusão, pois “sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna”.

Conforme se observa, em sua contínua construção e reconstrução histórica, o Estado, seu papel e sua relação com a sociedade vêm se modificando num processo dinâmico imbricado com o pensamento político vigente, desde os Estados totalitários, autocráticos, despóticos, até o Estado Democrático de Direito.

Segundo Lenio Streck e Bolzan de Moraes<sup>3</sup>, a Democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, aberta ao tempo, às transformações e ao novo, na qual indivíduos e grupos organizam-se em associações, em movimentos sociais e populares, trabalhadores se organizam em sindicatos, criando um contrapoder social que limita os poderes institucionais do Estado, além de fundar-se em outros pressupostos essenciais, tais como liberdade de informação e de expressão,

1 RESENDE, Renato de Sousa. *Negociação coletiva de servidor público*. São Paulo: LTr, 2012. p. 38-48.

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 49-52.

3 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-111.

autonomia para as associações e eleições livres. Tais pressupostos trazem em germe a soberania popular.

Ademais, para os mesmos autores, a fim de conhecer o Estado Contemporâneo, ainda é necessário visualizá-lo a partir de seus elementos constitutivos, numa concepção clássica, quais sejam território, povo e poder com soberania e finalidade, ou seja, seus elementos materiais, formais e teleológicos.

Tal concepção de Estado deixa claro que a sociedade é um de seus elementos constitutivos sem o qual aquele não existe, perde a razão de ser.

Nesse sentido, dois de seus pilares fundamentais são: todo o poder emanar do povo, que o exerce diretamente ou por meio do voto; e a sociedade ser a destinatária e a razão de ser do Estado, princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 1<sup>o</sup><sup>4</sup>.

Nesse contexto democrático, seria um equívoco confundir a Administração Pública com o Estado. Aquela é essencial para administrar o Estado, mas não se confunde com este.

Por outro lado, o poder soberano do Estado, aqui entendido em seu conjunto (território, povo e poder com finalidade), é exercido frente a outros Estados, no plano internacional. Já no plano interno do Estado, o poder soberano é da sociedade, nos termos do art. 1<sup>o</sup> e seu parágrafo único e do art. 14<sup>5</sup> da Constituição Federal.

Por conseguinte, não se pode pensar em Estado dissociado do povo soberano sobre este, pois todo poder emana do povo que é um de seus elementos constitutivos essenciais sem o qual o Estado não existe.

---

4 “Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

5 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.”

Nesse particular, importante a opinião de Norberto Bobbio<sup>6</sup>, para quem o papel assumido pelo Estado na atualidade é o de dar respostas às demandas sociais, ou seja, “nos últimos anos, o ponto de vista que acabou por prevalecer na representação do Estado foi o sistêmico”, ou seja, “a função das instituições políticas é a de dar respostas às demandas provenientes do ambiente social”.

Saliente-se, ademais, que o Estado Democrático de Direito representa a participação pública no processo de construção da sociedade, através do modelo democrático e a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica. Portanto, a ação estatal deve voltar-se ao cumprimento dos objetivos constitucionais.

Parte-se dessa concepção de Estado no desenvolvimento do presente trabalho, ou seja, um subsistema do sistema sociopolítico, submetido ao ordenamento jurídico, sujeito de direitos e deveres, que tem como papel primordial dar respostas às demandas provenientes da sociedade. Nesse paradigma, toda a sociedade é responsável pela materialidade e eficácia da Constituição, pois todos são sujeitos e canais para sua concretização.

No caso do processo de organização e estruturação do Estado brasileiro, adotou-se a forma de Estado Federativo, com Governo Republicano e o sistema de Governo Presidencialista. Desse modo, na República Federativa do Brasil vigora a indissolubilidade do vínculo federativo entre os Entes Políticos da Federação (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) que possuem competências constitucionalmente estabelecidas, capacidade de auto-organização, capacidade de autogoverno e capacidade legislativa, com Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>7</sup>.

## 2.2 – *A administração pública*

### 2.2.1 – *A organização político-administrativa brasileira*

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissociável dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos autônomos em relação aos demais, nos termos do art. 18 da Constituição. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, nos termos do art. 2º da Constituição.

6 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

7 ARAUJO, Luiz Alberto David de; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Contudo, a tripartição dos poderes não atinge o Município que não possui o Poder Judiciário, mas possui o Legislativo e Executivo. Por outro lado, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal<sup>8</sup>.

A função administrativa é exercida predominantemente Pelo Poder Executivo, mas não exclusivamente, pois o Legislativo e Judiciário também fazem parte da Administração Pública.

A organização político-administrativa é resultado do conjunto formado por “decisão política” e “normas jurídicas”, que regem a estrutura do Estado, a competência, a hierarquia, a situação jurídica, as formas de atuação dos órgãos e das pessoas no exercício da função administrativa, atuando por meio de seus órgãos, agentes e pessoas jurídicas. Desse modo, os servidores e agentes públicos estão inseridos por toda a estrutura da Administração Pública.

### 2.2.2 – As administrações públicas direta e indireta

As Administrações Públicas Direta e Indireta, com cada um de seus componentes, serão abordadas de maneira geral, sem aprofundamento nesse particular, haja vista não ser o objetivo primordial do presente trabalho, que objetiva apenas possibilitar maior clareza do contexto em que está inserida a negociação coletiva de trabalho no setor público, este sim o tema central em estudo.

Com o advento do Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Pública federal passou a ser classificada em direta e indireta, além de ter indicado seus componentes.

Tanto o Decreto-Lei nº 200/67 quanto a Constituição Federal usam a expressão Administração Indireta no mesmo *sentido subjetivo*, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades estatais, seja como serviço público, seja a título de intervenção na atividade econômica.

Assim, nos termos daquele Decreto, Administração Direta se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, no âmbito federal.

---

8 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

Administração Indireta passou a integrar todo o conjunto de órgãos que integram os entes federados, com competência para o exercício centralizado das atividades administrativas do Estado, passando a representar o conjunto de entidades que, ligadas à Administração Direta, prestam serviços públicos ou de interesse público. Na realidade, trata-se do próprio Estado realizando algumas de suas funções de forma descentralizada.

O Ato Institucional nº 8, de 1969<sup>9</sup>, atribuiu competência ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para realizar por decreto a respectiva reforma administrativa, nos termos e diretrizes do Decreto-Lei nº 200/67.

Compõem a Administração Pública Indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público (Decreto-Lei nº 200/67), além do consórcio público (Lei nº 11.107/06).

As modalidades e natureza jurídica das entidades da Administração Indireta são<sup>10</sup>: autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras e consórcios públicos.

Cabe destacar que, com a exigência do regime jurídico único, instituído pelo art. 39 da CRFB<sup>11</sup>, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente podem contratar servidores regidos pelo regime estatutário para a Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas. Tal obrigatoriedade havia sido extinta com a Emenda Constitucional nº 19/98<sup>12</sup>.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 02.08.07 (ADIn 2.135-4)<sup>13</sup>, concedeu liminar, com efeito *ex nunc*, para suspender a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Portanto, voltou a prevalecer o regime jurídico único para contratação de servidores na Administração Pública Direta,

9 Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=8&tipo\\_norma=AIT&data=19690402&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=8&tipo_norma=AIT&data=19690402&link=s)>. Acesso em: 28 out. 2012.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 425-426.

11 “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (*Vide* ADIn 2.135-4)”

12 “Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.’”

13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11299>>. Acesso em: 28 out. 2012.

autarquias e fundações públicas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

### *2.3 – Agentes públicos e a natureza jurídica que os vincula à administração pública*

Não se pode deixar de destacar com absoluta clareza que o servidor público é um trabalhador, apesar das peculiaridades do serviço público, e, como tal, possui direitos e deveres conforme o regime jurídico a que estiver subordinado, além de direitos sociais inerentes a todos os trabalhadores.

Todavia, é inegável que as relações entre trabalhadores e Administração Pública possuem problemas específicos que envolvem desde questões legais e econômicas até sociais e políticas, por vezes, diversas das existentes na iniciativa privada, além da imposição de limitações constitucionais e advindas do direito administrativo<sup>14</sup>.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>15</sup>, a Constituição da República Federativa do Brasil emprega a expressão “servidores públicos” tanto para designar as pessoas que prestam serviços à Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas quanto à Administração Indireta, o que inclui as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, do que se conclui que a Carta Magna emprega a expressão servidor público em sentido amplo e em sentido restrito.

Além disso, também existem preceitos aplicáveis a outras pessoas que exercem função pública em funções legislativa e jurisdicional, tratadas em capítulos próprios da Constituição Federal, da mesma forma que existem pessoas que exercem função pública sem vínculo empregatício com o Estado.

Decorrência lógica do retromencionado é a necessidade da adoção de outro vocábulo em sentido ainda mais amplo, que englobe todos os sentidos, problema a partir do qual os doutrinadores passaram a adotar a expressão *agente público*.

Dessa forma, *agente público* passou a ser designado pela doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, toda pessoa física que presta serviços à Administração Pública Direta e a todas as pessoas jurídicas da Administração Indireta, com ou sem remuneração. Expressão que se adota no presente trabalho.

14 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 410.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 509-516.

Quanto aos militares, parte da doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que após o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1998, estariam englobados genericamente na categoria de agentes públicos, sujeitos a regime jurídico próprio, seja nas Forças Armadas ou nos Estados. A Constituição Federal veda aos militares o direito à sindicalização e à greve, nos termos do art. 142, § 3º, IV, razão pela qual não são abrangidos no presente trabalho, pois a negociação coletiva decorre fundamentalmente do direito à sindicalização.

Por conseguinte, perante a atual Constituição da República Federativa do Brasil, pode-se dizer que *são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos; servidores públicos; militares e particulares em colaboração com o Poder Público*, que se passa a tratar a seguir.

*Agentes Políticos.* Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores em relação à conceituação de agente político. Quando são conceituados em sentido amplo, são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Nessa categoria, se incluem os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com autonomia funcional no desempenho de suas atividades, estranhas aos quadros dos servidores públicos.

Quando os agentes políticos são conceituados em sentido restrito, são tidos exclusivamente como aqueles que exercem típica atividade de governo e exercem mandato para o qual são eleitos, referindo-se apenas aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros, Secretários de Estado, Senadores, Deputados e Vereadores. Nessa concepção mais restritiva de agentes políticos, a forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo.

Quanto ao vínculo com o Poder Público, sua natureza é política e não profissional, razão pela qual não serão abrangidos no presente trabalho.

*Servidores Públicos.* Em sentido amplo, os servidores públicos são todas as pessoas físicas que prestam serviços profissionais remunerados à Administração Pública Direta e Indireta. Compreendem os servidores públicos estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários:

*a) os servidores públicos estatutários:* o vínculo jurídico é o estatutário e ocupantes de cargo público (outrora chamados de funcionários públicos). A

relação jurídica que os vincula à Administração Pública é institucional, por meio de contratos de natureza administrativa, cujo estatuto é criado em lei específica em cada uma das unidades da Federação.

*b) os empregados públicos:* são contratados sob o regime do sistema jurídico trabalhista federal (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, normas constitucionais e infraconstitucionais trabalhistas), ocupantes de emprego público. A natureza do vínculo é contratual, sob o regime trabalhista. No entanto, além das normas do sistema jurídico trabalhista, há submissão às normas constitucionais concernentes à exigência de lei para criação de empregos, exigência de concurso público, investidura, vencimentos, dentre outras previstas na Constituição Federal referentes à Administração Pública.

*c) os servidores temporários:* são aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CRFB. Eles exercem função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. No âmbito federal, a contratação temporária de excepcional interesse público está disciplinada pela Lei nº 8.745/93 e suas alterações posteriores, que apontam inúmeras situações, tais como calamidade pública, emergências em saúde pública, admissão de professor estrangeiro, demarcações de terra, etc.

Entretanto, apesar de todas as especificidades do setor, nada altera a realidade de que o servidor público engaja-se num processo político dinâmico, no qual o que era considerado inegociável pode tornar-se negociável, o que era considerado discricionário pode deixar de ser. Nessa dinâmica sociojurídica, cada vez mais se aproximam princípios do direito do trabalho com princípios de direito administrativo e, até mesmo, as normas que regem as relações de emprego dos trabalhadores da esfera particular se aproximam dos trabalhadores da esfera pública<sup>16</sup>.

### 3 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

#### *3.1 – Autonomia privada coletiva*

Importante abordar a autonomia privada coletiva antes de adentrar ao tema da negociação coletiva de trabalho, pois esta decorre daquela. Ademais, conforme já alertava Enoque Ribeiro dos Santos<sup>17</sup>, a denominação correta do

---

16 STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007. p. 46.

17 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 183.

instituto é “negociação coletiva de trabalho”, haja vista que também temos em nosso ordenamento jurídico a “negociação coletiva de consumo”, regulamentada no art. 107 da Lei nº 8.078/90<sup>18</sup> – Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Inicialmente, surgiu a autonomia privada individual, reconhecida pelo Estado, principalmente a partir da Revolução Francesa. Tratava-se da capacidade de autorregramento das vontades dos indivíduos, por meio de contrato privado em que prevalece o princípio *pacta sunt servanda*. É o poder de autorregulamentação, poder de autogovernar os próprios interesses, e pressupõe a existência de um sistema de normas que o reconhece.

Nesse caso, o ordenamento jurídico reconhece aos particulares o poder de se conferirem normas e, ao mesmo tempo, reconhece tais normas, de modo que todo o ordenamento jurídico está aparelhado para conferir-lhes eficácia e validade<sup>19</sup>.

Conforme esclareceu Enoque Ribeiro dos Santos<sup>20</sup>, após a Revolução Francesa, a primeira Revolução Industrial, vem trazer em seu bojo o fortalecimento da autonomia privada e da liberdade para contratar, de modo que a autonomia passa a assumir grande importância, tornando-se essencial no ordenamento jurídico capitalista, evoluindo para a autonomia privada coletiva, também denominada autonomia sindical.

*A autonomia privada coletiva*, ou autonomia sindical, diz respeito à autonomia do sindicato quanto à sua criação, elaboração de seus estatutos, registro sindical, autonomia e garantias constitucionais contra a ingerência governamental, assim como a autonomia do sindicato em estabelecer normas, culminando nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e Convenções Coletivas de Trabalho (CCT).

Contudo, nesse processo histórico, no surgimento das primeiras organizações sindicais, a coalizão de trabalhadores, e até mesmo de empregadores,

18 “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.”

19 STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007. p. 18.

20 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 64-68.

era proibida, chegando a ser considerada um movimento criminoso punido com prisão. Os primeiros países que passaram a permitir coalizões de trabalhadores e empregadores foram Inglaterra (1824), Alemanha (1869) e Itália (1889)<sup>21</sup>.

Posteriormente, a partir do reconhecimento dos sindicatos como legítimos representantes dos trabalhadores, passaram a exercer atividade delegada do Poder Público, pois eram considerados órgãos ou corporações do Estado. Esse modelo prevaleceu na Itália e no Brasil, onde a Administração Pública detinha absoluto controle sobre os sindicatos, interferindo desde a sua criação até a nomeação de seus dirigentes<sup>22</sup>.

Entretanto, mesmo antes da permissão legal, o movimento sindical atuava em busca de condições de trabalho mais dignas. Tratava-se de sindicalismo autêntico e forte existente nos países industrializados, fruto da práxis laboral, verdadeira pedra angular da negociação coletiva, o melhor meio da solução de conflitos por ser autocompositivo, direto, rápido e eficiente.

Já no caso da América Latina, os legisladores perceberam sua utilidade prática e jurídica e, com base na experiência europeia e estadunidense, adotaram nas legislações.

Conforme se depreende, nas Nações que atingiram níveis elevados de industrialização a negociação coletiva de trabalho surgiu da prática do ambiente laboral, como uma das formas mais eficazes de pacificação de conflitos; por outro lado, no caso dos países que demoraram a atingir níveis satisfatórios de industrialização, a negociação coletiva de trabalho surgiu de cima para baixo, ou seja, das leis para os fatos, o que acabou por enfraquecê-la inicialmente, mas não nos dias atuais.

## 3.2 – *Conceito, natureza jurídica, princípios e funções*

### 3.2.1 – *Conceito de negociação coletiva de trabalho*

Consoante a Organização Internacional do Trabalho – OIT, o artigo 2.º da Convenção nº 154 define a convenção coletiva do trabalho como o processo que compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores, uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b)

21 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 70.

22 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 68.

regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores; ou d) alcançar todos esses objetivos de uma só vez.

De acordo com Enoque Ribeiro dos Santos<sup>23</sup>, a negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, na qual impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores (arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso VI).

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a negociação coletiva de trabalho foi instituída pelo Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, cujo tema foi posteriormente tratado pelo Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939, que regulamentou a Justiça do Trabalho e, finalmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, que a regulou de modo mais amplo em seus arts. 611 a 625, cujos excertos dos dispositivos legais supracitados<sup>24</sup> são transcritos na nota abaixo.

É importante destacar que, para ser autêntica e legítima, a negociação coletiva de trabalho pressupõe a igualdade como um de seus princípios fundamentais, pois mitiga a desigualdade das partes e a relação de poder entre capital e trabalho

23 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 90.

24 Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932: “Institue a convenção coletiva de trabalho. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, na conformidade do art. 3º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, resolve: Art. 1º Entende-se por convenção coletiva de trabalho e ajuste relativo às condições do trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer outro agrupamento de empregados”.

Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939: “Art. 28. Compete aos Conselhos Regionais: (...) d) estender a toda categoria, nos casos previstos em lei, os contratos coletivos de trabalho;”.

CLT: “Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.67)”.

CRFB: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (...) Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”.

que prevalece no contrato individual, para dar lugar ao negociado entre dois seres coletivos, os sindicatos de trabalhadores e empregadores ou o sindicato de trabalhadores e empresa, cuja natureza jurídica passa-se a analisar no tópico seguinte.

### 3.2.2 – *Natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho*

Analisar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho, e dos instrumentos que dela resultam, é determinar sua essência, substância, sua razão de ser e de onde provém, bem como suas características nucleares. Em outras palavras, trata-se de buscar a inteligência criadora do instituto e seu enquadramento no mundo jurídico.

Várias teorias tentam explicar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho. A maioria delas tenta enquadrá-la dentro dos princípios da concepção contratualista, com clara influência do direito civil. Outras ainda sustentam seu caráter obrigacional como resultado da autonomia privada coletiva. Contudo, apesar de não se poder negar um caráter contratualista, pois os pactuantes assumem obrigações entre si, como, por exemplo, de não deflagrar greve na vigência da convenção, sua natureza jurídica não se esgota no âmbito contratual, pois na convenção coletiva de trabalho são ajustadas normas em abstrato para reger relações de trabalho atuais e futuras.

Nesse sentido, em oposição aos contratualistas, os normativistas sustentam que os instrumentos resultantes da negociação coletiva não são contratos, mas fontes criadoras de normas jurídicas, que estabelecem uma delimitação convencional da liberdade de contratar porque traça limites para os futuros contratos, o que lhe dá um caráter predominantemente normativo.

Para Arnaldo Süssekind<sup>25</sup>, os instrumentos da negociação coletiva de trabalho contêm cláusulas que configuram sua normatividade abstrata, ao lado de outras de cunho contratual, que estipulam obrigações concretas entre as partes, mas, sem dúvida, as cláusulas normativas constituem o principal objetivo da negociação coletiva. Correspondem a fontes formais de direito, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, presentes e futuros.

Independente da natureza contratual, a convenção coletiva de trabalho é uma norma derivada de outra fonte diferente do Poder Legislativo, mas oriunda de setores da sociedade, num evidente exercício de solidariedade e pluralismo jurídico.

Para Luciana Bullamah Stoll, as normas coletivas, quer dizer, o produto da negociação coletiva de trabalho, possuem natureza jurídica dúplice,

---

25 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 455-456.

normativa e ao mesmo tempo contratual, na qual a um só tempo estipulam regras aplicáveis aos contratos individuais de trabalho presentes e futuros, na vigência da convenção ou acordo coletivo de trabalho, com efeito *erga omnes* (aos associados e não associados), ao mesmo tempo que também celebram normas aos convenientes, ou seja, aos sindicatos ou aos sindicatos e empresas<sup>26</sup>.

Importante chamar a atenção para o fato de que, ao analisar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho, muitos se utilizam da expressão “convenção coletiva”. Na realidade, convenção ou acordo coletivo são instrumentos normativos resultantes do processo de negociação coletiva de trabalho bem-sucedida. Esse fato pode explicar alguma confusão feita sobre o tema.

Nesse aspecto, o autor elucida a questão da natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho e seus instrumentos, dentre os quais a convenção coletiva de trabalho, afirmando ter natureza dialética, pois o ato jurídico é um só, mas não é só contrato, nem ato-regra, mas, sim, uma figura *sui generis*, tanto normativa quanto contratual, que não se enquadra nas antigas fórmulas, pois se trata de negócio jurídico que inovou profundamente as fontes do direito<sup>27</sup>.

### 3.3 – A negociação coletiva de trabalho na Constituição Federal

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores. Destacando os arts. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, 8º, inciso VI, e 114, §§ 1º e 2º, é possível concluir que o legislador constituinte deu ênfase e preferência à negociação coletiva de trabalho na solução dos conflitos coletivos de trabalho, que, inclusive, se sobrepõe à solução jurisdicional dos conflitos<sup>28</sup>.

Nesse contexto, os sindicatos tiveram reconhecida a total liberdade e independência, além de a Constituição ter assegurado: liberdade de associação sindical; vedação de interferência do Poder Público na atividade do sindicato; reconhecimento do sindicato como legítimo representante dos trabalhadores na defesa de seus interesses individuais e coletivos (judicial ou extrajudicialmente); obrigatoriedade da participação dos sindicatos na negociação coletiva; direito

26 STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007. p. 31.

27 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 96-106.

28 CRFB: “Art. 114. (...) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

de greve; participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam discutidos; eleição de um representante dos trabalhadores, nas empresas com mais de 200 empregados, para promover o diálogo com os empregadores; direito de greve e reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, nos termos dos artigos<sup>29</sup> transcritos na nota respectiva.

No caso dos servidores públicos, a Constituição Federal de 1988 derogou o art. 566, *caput*, da CLT<sup>30</sup>, que vedava a sindicalização dos servidores públicos, ao reconhecer seu direito à livre associação sindical, nos termos do art. 37, VI, da CF.

No atinente à negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos, a Constituição Federal deixou uma grande lacuna, pelo fato de o art. 39, § 3<sup>o</sup><sup>31</sup>,

29 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

(...)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

(...)

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.”

30 CLT: “Art. 566. Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais”.

31 CRFB: “Art. 39. (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

não fazer referência ao art. 7º, XXVI<sup>32</sup>, ou seja, nada afirmou sobre o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos, o que será analisado mais adiante neste artigo.

### 3.3.1 – *Os limites constitucionais e infraconstitucionais da negociação coletiva de trabalho*

Como regra geral, as condições mínimas de trabalho previstas na Constituição da República Federativa do Brasil são inderrogáveis pela vontade das partes, mesmo na esfera da autonomia privada coletiva. Assim, o primeiro limite constitucional à negociação coletiva de trabalho é o art. 7º, que dispõe sobre os direitos mínimos dos trabalhadores em geral.

Entretanto, a Constituição abriu uma exceção ao *permitir a flexibilização* das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI (“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”), XIII (“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”) e XIV (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”).

Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e ao acordo coletivo; na segunda, ao acordo ou à convenção coletiva; e na terceira, à negociação coletiva. Contudo, como a convenção e o acordo coletivo são os instrumentos da negociação coletiva, pode-se afirmar, como regra geral, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza (ganha contornos jurídicos ou se instrumentaliza) em acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Outra limitação à negociação coletiva de trabalho é proveniente do art. 624 da CLT, que condiciona a possibilidade de cláusula de aumento ou reajuste salarial, que implique elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, à prévia e expressa autorização da autoridade pública no tocante à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação. Nesse sentido é a Súmula nº 375<sup>33</sup> do TST.

32 CRFB: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”.

33 Súmula nº 375 do TST: “REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2) – Resolução nº 129/05, DJ 20, 22 e 25.04.05. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs ns. 69 da SBDI-1 – inserida em 14.03.94 – e 40 da SBDI-2 – inserida em 20.09.00)”.

No mais, a questão que costuma dividir opiniões dos doutrinadores é se a *flexibilização* prevista na Constituição Federal está restrita às questões salariais (art. 7º, inciso VI) e da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), ou se pode atingir outros direitos trabalhistas.

### 4 – OS DESDOBRAMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

#### *4.1 – Instrumentos jurídicos que defluem da negociação coletiva de trabalho bem-sucedida*

De acordo com o *nomem juris* adotado pela legislação brasileira, a negociação coletiva de trabalho, quando bem-sucedida, se concretiza por meio da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) ou Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), ou, ainda, o Contrato Coletivo dos Portuários (Lei nº 8.630/93).

Dessa forma, os instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva de trabalho são produtos jurídicos de uma negociação bem-sucedida, de acordo com a doutrina e legislação brasileiras, a convenção coletiva é mais ampla e o acordo coletivo tem campo de abrangência mais restrito.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 611, define a Convenção Coletiva de Trabalho como o “(...) acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Por outro lado, o mesmo dispositivo define o acordo coletivo como sendo aquele celebrado pelos sindicatos profissionais com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Caso não haja sindicatos profissionais ou econômicos da categoria, as convenções coletivas de trabalho poderão ser celebradas pelas Federações e, na falta delas, pelas Confederações das categorias a elas vinculadas.

#### *4.1.1 – Validade, coercibilidade, vigência e prorrogação da CCT e do ACT*

Tanto a convenção quanto o acordo coletivo de trabalho têm efeito jurídico vinculante e coercitivo sobre os convenientes, contudo, desde que respeitem

suas exigências de validade subjetiva, formal e material, assim como se no processo de constituição da norma foram respeitados seus princípios norteadores.

A *legitimidade subjetiva* para a sua celebração exige a participação do sindicato profissional, respeitada a sua base territorial de representação, conforme a ordem constitucional vigente (CRFB, art. 8º, II e VI)<sup>34</sup>. Portanto, além de ser obrigatória a participação do sindicato profissional, é necessário que seja o legítimo representante da categoria profissional dentro da base territorial respectiva.

*Quanto à validade formal*, diz respeito ao atendimento do devido processo de instituição das normas, incluindo-se aqui a legitimidade representativa dos sindicatos convenientes. Já a *validade material* diz respeito ao conteúdo da norma, se está em conformidade com os limites materiais autorizados pelo próprio ordenamento jurídico.

Nos termos dos dispositivos da CLT que regem as convenções coletivas de trabalho (arts. 611 a 625), para produzirem efeitos coercitivos, devem seguir o *iter juris* que se descreve a seguir.

Os sindicatos só poderão celebrar convenções ou acordos coletivos de trabalho, por deliberação de assembleia geral especialmente convocada para tal finalidade, consoante o disposto nos respectivos Estatutos Sociais, dependendo a validade da mesma do comparecimento dos associados e votação em assembleia.

No caso da convenção coletiva de trabalho, exige-se comparecimento de 2/3 dos associados da entidade sindical em primeira convocação ou, no caso do acordo coletivo, 2/3 dos interessados. Em segunda convocação, exige-se o comparecimento de 1/3, seja em caso de convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 612 da CLT).

Em relação à forma, as convenções e os acordos coletivos de trabalho serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro (art. 613, parágrafo único, da CLT), que deve ser providenciado dentro de oito dias da assinatura dos referidos instrumentos, no Ministério do Trabalho e Emprego (art. 614, *caput*, da CLT).

---

34 CRFB/88: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...) VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”.

As convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente o disposto no art. 613<sup>35</sup> da CLT.

Contudo, não poderão ter cláusula que contrariem, direta ou indiretamente, proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do governo ou concernente à política salarial vigente, sendo nula de pleno direito, não produzindo quaisquer efeitos (art. 623 da CLT e Súmula nº 375 do TST).

Respeitados os requisitos de validade, as convenções e acordos coletivos passam a ter força coercitiva entre as partes, nos limites de seu instrumento normativo e nos a seguir expostos.

Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito (art. 619 da CLT), além dos empregados e as empresas serem passíveis da multa neles fixada (art. 622 da CLT).

As condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo (art. 620 da CLT).

As convenções e os acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, assim como a participação nos lucros da empresa (art. 621 da CLT).

*Em relação ao início da vigência*, as convenções e os acordos entrarão em vigor três dias após a data da entrega dos mesmos para o respectivo registro, sendo que duas cópias autênticas das convenções e dos acordos deverão ser afixados de modo visível, pelos sindicatos convenentes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de cinco dias da data do depósito (art. 614, §§ 1º e 2º, da CLT).

*Em relação ao prazo*, não é permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a dois anos (art. 614, § 3º, da CLT) e o processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de convenção ou acordo ficará

---

35 “I – Designação dos Sindicatos convenentes ou dos Sindicatos e empresas acordantes;

II – Prazo de vigência;

III – Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos;

IV – Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência;

V – Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos;

VI – Disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos;

VII – Direitos e deveres dos empregados e empresas;

VIII – Penalidades para os Sindicatos convenentes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.”

subordinado, em qualquer caso, à aprovação de assembleia geral dos sindicatos convenientes ou partes acordantes, com observância do quórum previsto art. 612 da CLT (art. 613 da CLT).

*A respeito da ultra-atividade das convenções e acordos coletivos de trabalho, a recente alteração da Súmula nº 277 do TST veio pôr fim à antiga divergência doutrinária.*

Para alguns doutrinadores, as normas fixadas em acordos e convenções coletivas de trabalho se incorporavam aos contratos individuais de trabalho, e somente poderiam ser modificadas ou suprimidas por nova negociação coletiva de trabalho. Para essa corrente, mesmo com a norma coletiva estabelecendo período de vigência de um ou dois anos, as normas se incorporavam aos contratos individuais, mesmo após o termo da vigência, até que nova convenção fosse realizada. Outra corrente doutrinária defendia que, com o fim do prazo da convenção, os contratos individuais voltavam ao estado anterior.

*A atual redação da Súmula nº 277 do TST, alterada em 14.09.2012, representa nova posição daquela Corte. Transcrevemos em notas as redações (antiga<sup>36</sup> e atual<sup>37</sup>) da referida Súmula. De nossa parte, já defendíamos o cancelamento dessa Súmula, na redação antiga, pela total incompatibilidade com os dizeres do § 2º do art. 114 da Constituição Federal.*

Portanto, de acordo com a nova posição do TST, as normas coletivas estão incorporadas aos contratos individuais de trabalho, devendo ser respeitadas e aplicadas mesmo depois do término da vigência da convenção ou contrato coletivo de trabalho, e somente com novo acordo ou convenção coletiva poderão ser modificadas ou suprimidas, mesmo assim com obediência aos princípios fundantes do direito do trabalho, nesse caso, em especial o princípio da irrenunciabilidade.

#### *4.2 – Efeitos jurídicos da negociação coletiva de trabalho malsucedida*

Da negociação coletiva de trabalho malsucedida, ou quando ocorrer recusa por parte dos atores sociais à negociação, poderá defluir a arbitragem

---

36 Súmula nº 277 do TST (antiga redação, de 16.11.09): “SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho (...)”.

37 Súmula nº 277 do TST (nova redação, de 14.09.2012): “CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRA-ATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

(regulada pela Lei nº 9.307/96 e art. 114, § 1º, da Constituição Federal), a greve (regulada pela Lei nº 7.783/89) ou o dissídio coletivo.

#### 4.2.1 – Direito à sindicalização, à negociação coletiva de trabalho e à greve

Os direitos à sindicalização, à negociação coletiva e à greve são considerados os pilares, ou tripé, do direito coletivo, pois os dois últimos são desdobramentos do direito à sindicalização, ou seja, pensar em direito à sindicalização sem a possibilidade de utilização de seus instrumentos, negociação coletiva e greve, seria o mesmo que admitir o direito à sindicalização sem qualquer possibilidade de o sindicato atuar na defesa dos interesses de seus membros.

Conforme esclarece Enoque Ribeiro dos Santos<sup>38</sup>, a representação triangular do direito coletivo do trabalho foi proposta por Mário de la Cueva, ao defender que este poderia ser representado por um triângulo equilátero (idênticos ângulos em graduação), cujos ângulos seriam o sindicato, a negociação coletiva e a greve, de tal maneira que nenhuma das três figuras da trilogia poderia faltar porque desapareceria o triângulo, o que elucida bem a importância do direito à negociação coletiva. Posteriormente, tal representação triangular do direito coletivo do trabalho foi seguida por inúmeros autores, com diferentes denominações, tais como pilares ou fundamentos.

Importante destacar que o direito de greve é um dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos sindicatos. Constitui meio de defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores e legítimo instrumento para contrabalancear com o poder econômico em sua permanente dialética, ou tensão, com o trabalho.

Entretanto, no caso específico dos servidores públicos, a Constituição Federal faz previsão expressa de que os termos e limites do exercício do direito de greve serão definidos em lei específica, conforme o art. 37, VII<sup>39</sup>.

---

38 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004. p. 85.

39 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Conforme os dizeres de Enoque Ribeiro dos Santos<sup>40</sup>, por essa razão doutrina e jurisprudência se dividiam em duas correntes, uma que defendia ter esse dispositivo constitucional eficácia limitada e outra que defendia ter eficácia contida. Para os que defendiam a eficácia limitada do art. 37, VII, da Constituição Federal, enquanto não houvesse a “lei específica” prevista no dispositivo, este não poderia ser aplicado.

Para os doutrinadores que defendiam a interpretação do art. 37, VII, da Constituição Federal como norma de eficácia contida, e entre eles nos filiávamos, tal direito deveria ser plenamente exercitável até que lei superveniente posterior viesse a fixar-lhe limites e termos para seu exercício. Os partidários dessa corrente defendiam o pleno exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, desde que respeitados outros dispositivos legais, tais como o art. 9º, § 1º, da Constituição Federal de 1988<sup>41</sup>, que dispõe sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, bem como o dever de respeitar o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, definidos na Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve), aplicada na falta de lei específica.

*O Supremo Tribunal Federal pôs fim à celeuma*, decidindo, em 25.10.07, que o art. 37, VII, da CRFB é norma de eficácia contida, de modo que nas greves envolvendo servidores públicos estatutários deverá ser aplicada a Lei nº 7.783/89 até que advenha, entre nós, a novidade jurídica que irá regular a matéria. Naquela ocasião, o STF<sup>42</sup> concluiu o julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo – Sindipol, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – Sintem e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – Sinjep, nos quais se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, quando conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

A decisão do STF foi a mais acertada e condizente com o princípio do não retrocesso social, pois, em se tratando de direitos fundamentais, como o é o direito de greve, a interpretação da norma deve ser moldada por uma prá-

40 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microssistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 204-208.

41 CRFB: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

42 Fonte: Informativo nº 485 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

xis jurídica comprometida a concretizar e ampliar os direitos fundamentais e jamais restringi-los.

Entretanto, vale salientar que a greve no setor público não é tão eficaz como instrumento de pressão, pois afeta mais a população do que a Administração Pública propriamente dita, diferentemente do setor privado, no qual a greve produz efeitos mais deletérios em face dos maiores prejuízos que poderá proporcionar aos empregadores, como paralisação da produção, do faturamento interno e externo, não cumprimento de contratos comerciais, etc. De forma diversa, quem paga a conta na greve dos servidores públicos sempre é a população mais carente, que necessita dos serviços públicos essenciais, como transporte, segurança, educação e saúde.

### *4.2.2 – Dissídio coletivo de trabalho*

O dissídio coletivo de trabalho já vem previsto na CLT de 1943, o que demonstra a preocupação do legislador em colocar à disposição dos atores sociais um instrumento jurídico de tutela dos direitos coletivos de trabalho.

O dissídio coletivo de trabalho pode ser definido como uma ação por meio da qual os atores sociais, sindicatos das categorias profissional e econômica, discutem uma pauta de reivindicações, envolvendo direitos e interesses abstratos e gerais da categoria, com objetivo de criar, modificar ou extinguir condições de trabalho e de remuneração, com base no princípio da autonomia privada coletiva<sup>43</sup>.

Esse instrumento jurídico, de natureza coletiva, que emana da negociação coletiva de trabalho malsucedida, de grande utilização no setor privado da economia brasileira, encontra-se disposto nos arts. 856 e seguintes da CLT, bem como no art. 114, § 2º<sup>44</sup>, da Constituição Federal, fruto da manutenção do poder normativo dos Tribunais do Trabalho, pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Considerando a grande controvérsia que envolve esse tema e o objeto deste trabalho, relacionado mais ao setor público, analisaremos esse tópico mais adiante.

---

43 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microssistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 178.

44 “§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

#### 4.2.3 – Vantagens da negociação coletiva de trabalho

Conforme salienta Enoque Ribeiro dos Santos<sup>45</sup>, a negociação coletiva de trabalho é uma das formas mais eficazes de pacificação de conflitos coletivos, além de ser a função mais nobre que as organizações sindicais podem exercer, e estão intrinsecamente ligadas ao fortalecimento dos sindicatos.

A vantagem da negociação coletiva de trabalho se faz sentir na economia privada nacional, já de longa data pacificada, e operando em relativa harmonia e paz social, graças ao seu exercício ano a ano, que culmina com a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho, pelos respectivos seres coletivos. A pacificação social se faz presente e é observada na prática, na medida em que os sindicatos profissionais, nos últimos anos, têm conseguido êxito não apenas na reposição salarial dos índices inflacionários, mas também em agregar valores relacionados à produtividade de várias categorias profissionais.

Em outras palavras, a partir da desindexação da economia e da inexistência de política salarial para o setor privado, o Estado passou a estabelecer apenas o valor do salário-mínimo nacional, e não restou outra alternativa ao setor privado da economia, a não ser o exercício da negociação coletiva para resolver suas controvérsias. Dessa forma, a pacificação social na iniciativa privada é exercida a partir da aproximação das datas-bases das categorias, por intermédio do processo negocial e autocompositivo.

No presente cenário, percebe-se que há relativa paz social no setor privado da economia, na medida em que os trabalhadores estão relativamente satisfeitos, pois, além de uma situação próxima ao pleno emprego, estão cientes de que na data-base da categoria conseguirão repor, pelo menos, suas perdas inflacionárias, enquanto que no setor público da economia – no qual os reajustamentos salariais somente podem decorrer de lei<sup>46</sup> – existe uma insatisfação ou descontentamento geral, pois o Poder Executivo, além de não atender o dispositivo constitucional retromencionado, resolveu aplicar, em nome do princípio da reserva do possível (orçamento) e da crise no cenário internacional, um índice aleatório de reposição salarial ao funcionalismo (tirado não se sabe de onde e com que critério científico e, especialmente, sem levar em conta o efetivo índice de defasagem salarial na órbita pública), com efeitos diferidos no tempo, com

45 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012. p. 183.

46 “X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, DOU 05.06.98)”

a manutenção de expressiva defasagem, pelo fato de não ter havido reposição da inflação dos últimos quatro anos.

Daí, a nossa defesa incontestada dos benefícios de uma política de imediata negociação coletiva de trabalho, em caráter permanente, contínuo, em nível federal (e também estadual e municipal) entre o Ministério do Planejamento ou órgãos delegados do Poder Executivo e os sindicatos profissionais de servidores públicos ou associações de agentes políticos.

Entre as inúmeras vantagens da negociação coletiva, na pacificação de conflitos coletivos, podemos ainda destacar:

a) celeridade na elaboração de seus instrumentos jurídicos (acordo, convenção coletiva ou contrato coletivo<sup>47</sup>). No caso dos servidores públicos estatutários, vislumbramos somente a possibilidade de acordos coletivos de trabalho;

b) maior adaptação ao caso concreto, levando-se em conta as peculiaridades de cada empresa, órgão público, ramo de atividade, força de trabalho competitividade, produtividade, custos de produção, etc.;

c) propensão à maior estabilidade social e a menor nível de conflituosidade, em razão das novas condições terem sido acordadas pelas próprias partes;

d) melhor compatibilidade às necessidades e exigências do mercado e da produção, dos serviços prestados, especialmente pelo fato de muitas empresas operarem num mercado globalizado, sem fronteiras na linha de produção, no qual nem sempre a jurisdição alcança;

e) maior grau de integração e solidariedade entre empregadores e empregados e servidores públicos envolvidos;

f) fortalecimento do sindicato e de outras formas de organização dos trabalhadores no local de trabalho.

## 5 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NO SETOR PÚBLICO

A despeito das complexidades da Administração Pública, além das múltiplas formas pelas quais o Estado se faz presente na sociedade, assim como a inegável especificidade das relações entre servidores com os entes públicos, não

---

47 Os contratos coletivos, aplicados no caso dos portuários, são regidos pela Lei nº 8.630/93: “Art. 18. (...) Parágrafo único. No caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor a que se refere o *caput* deste artigo e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto”.

se pode esquecer que toda a estrutura da Administração Pública, assim como todas as suas atividades, não prescinde das pessoas que a realizam, pois todo o trabalho que se presta a um ente público é sempre um trabalho humano<sup>48</sup>.

Ademais, a concepção de que as condições de trabalho no setor público somente poderiam ser fixadas unilateralmente pela Administração Pública remontam à concepção de Estado como ente englobador da sociedade, autoritário, não numa perspectiva de impor limites ao poder do Estado, mas, sim, numa perspectiva de “manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço infenso à atuação do particular e a dos Poderes Legislativo e Judiciário”<sup>49</sup>. Tal concepção impediu por muito tempo a sindicalização dos servidores públicos.

Conforme já foi analisado no item 4.2.1 deste trabalho, os direitos à sindicalização, à negociação coletiva e à greve são considerados os pilares do direito coletivo, indissociáveis numa relação tridimensional que perderia todo o sentido sem qualquer um desses seus três elementos constitutivos. Visto de outro ângulo, os direitos à negociação coletiva e à greve são desdobramentos do direito à sindicalização, este último mais amplo.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Arnaldo Süssekind a respeito, para quem “o direito à liberdade sindical, enquanto direito humano fundamental, é preexistente ao direito positivo interno: este somente pode reconhecê-lo ou declarar sua existência, mas não concedê-lo, nem criá-lo”<sup>50</sup>.

É certo que a Constituição Federal de 1988 garante ao servidor público o direito à livre associação sindical, nos termos do art. 37, VI, corolário do direito de associação estabelecido no art. 5º, XVII, da mesma Constituição. Adicionando-se a tais preceitos constitucionais a decisão do STF, de 25.10.07, favorável ao exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos estatutários, o caminho estava aberto ao reconhecimento do direito ao exercício da negociação coletiva no setor público, por desdobramento lógico, o que a ratificação da Convenção nº 151 da OIT somente veio a cancelar.

### *5.1 – As teorias desfavoráveis e as favoráveis à admissibilidade da negociação coletiva no setor público*

Apesar de a liberdade sindical ser amplamente reconhecida como direito humano fundamental, da qual decorrem os direitos à negociação coletiva e à greve,

48 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 447.

49 RESENDE, Renato de Sousa. *Negociação coletiva de servidor público*. São Paulo: LTr, 2012. p. 66.

50 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 360.

no caso recente do Brasil, afigurava-se um problema quando entrava em cena a discussão sobre a admissibilidade da negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos estatutários. Nesse campo, doutrina e jurisprudência se apresentavam em duas correntes, uma que defendia sua total impossibilidade jurídica, enquanto que outra defendia sua possibilidade, desde que respeitadas certas condições.

*Para a corrente contrária à possibilidade* da negociação coletiva de trabalho no setor público, a argumentação buscava fundamentos nos princípios da Administração Pública, em especial o da legalidade, assim como o fato do art. 39, § 3º, da Constituição Federal<sup>51</sup>, que trata dos direitos sociais dos servidores públicos, silenciar a respeito do inciso XXVI do art. 7º, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Ademais, a Súmula nº 679 do STF declara que: “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Outro aspecto da argumentação contrária à negociação coletiva dos servidores públicos dizia respeito ao sistema de controle dos gastos públicos, que impunha óbice à negociação de reajustamento de salários. Nessa esteira:

a) é de iniciativa exclusiva do Presidente da República a proposta de leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, § 1º, II, *a*, da CF/88), que deve ser submetida ao Congresso Nacional (art. 49, X, da CF/88);

b) as despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar (art. 169, *caput*, da CF/88);

c) a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 169, § 1º, I e II);

d) por sua vez, a Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal) fixa as despesas com pessoal da União a 50% e para os Estados e Municípios em 60% das respectivas receitas correntes líquidas (arts. 18 e 19).

Acrescente-se que em relação à Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias

51 CRFB: “Art. 39. (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

e das fundações públicas federais, o STF declarou inconstitucional as alíneas *d* e *e* do art. 240, que haviam assegurado ao servidor público civil o direito à negociação coletiva e fixado a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias individuais e coletivas (ADI 492-1, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21.10.92, Plenário, DJ 12.03.93)<sup>52</sup>.

*Para a corrente que defendia a possibilidade de negociação coletiva no setor público*, dentro de determinadas condições, a omissão do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, que silenciou a respeito do inciso XXVI do art. 7º, não era motivo suficiente para a não fruição desse direito pelos servidores públicos, pois a omissão ao aludido dispositivo não constituía óbice de natureza constitucional.

Importante destacar o papel do Estado na concepção atual, conforme defendida por Norberto Bobbio<sup>53</sup>, como um subsistema do sistema sociopolítico, submisso ao ordenamento jurídico, sujeito de direitos e deveres, que tem como papel primordial dar respostas às demandas provenientes do ambiente social. De outra parte, no plano interno, o poder soberano é do povo, elemento constitutivo e fundamental do Estado, sem o qual este não existe legitimamente.

Portanto, o Estado Democrático de Direito representa a participação pública no processo de construção da sociedade, através do modelo democrático e da vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica.

Ainda se não bastassem os argumentos acima, seria totalmente incoerente reconhecer os direitos à sindicalização e à greve sem o direito à negociação coletiva. Ora, se a greve é uma decorrência lógica da negociação coletiva de trabalho malsucedida, total incoerência é reconhecer os seus efeitos, ou seja, o resultado, sem que se reconheça a causa, ou o processo, no caso a negociação coletiva.

Para essa última corrente, a qual nos filiamos, os instrumentos jurídicos que defluem da negociação coletiva (no caso, apenas os acordos<sup>54</sup> coletivos de

52 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

53 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 1. ed. 18. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

54 Não existe possibilidade jurídica de se firmar convenção coletiva de trabalho no âmbito da Administração Pública Direta, pelo fato de inexistir sindicato patronal público, eis que o núcleo conceitual da convenção coletiva estabelece, nos dizeres do art. 611 da CLT: “Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. Além disso, a Administração Pública não se apresenta, jamais, como representativa de uma categoria econômica.

trabalho) teriam um caráter político e ético por meio do qual as partes (sindicato profissional e Ministério do Planejamento, em nível federal e estadual ou municipal) firmariam um compromisso estabelecendo os direitos contemplados, que, posteriormente, seria transformado em projeto de lei pelas autoridades competentes, nos termos pactuados, para dar cumprimento ao convencionado. Dessa maneira, estariam conciliados os princípios da Administração Pública com o direito à negociação coletiva.

### *5.1.1 – A recente alteração da OJ nº 5 da SDC do TST*

Com a redação anterior da OJ nº 5 da SDC do TST, a jurisprudência do TST não reconhecia o direito ao dissídio coletivo<sup>55</sup> no setor público.

A mudança de orientação do colendo Tribunal Superior do Trabalho, alterando radicalmente a redação dessa OJ<sup>56</sup>, em 14.09.2012, colocou uma pá de cal na cizânia jurisprudencial, passando a admitir, de uma vez por todas, a possibilidade de dissídio coletivo no setor público, envolvendo empregados públicos, regidos pela CLT, fruto da influência da ratificação da Convenção nº 151 da OIT, pelo Brasil.

Ora, se se permite o dissídio coletivo de natureza social, não econômico, em face dos óbices constitucionais mencionados, que decorre da existência da negociação coletiva de trabalho malsucedida, com muito mais certeza podemos afirmar a eficácia desse processo negocial de pacificação coletiva nas contendas envolvendo a reposição de subsídios dos servidores públicos.

Em que pese a posição do TST, que ainda impõe limites ao dissídio coletivo de natureza econômica envolvendo os servidores públicos estatutários, ou mesmo agentes políticos do Estado, a controvérsia pode ser superada por meio da negociação coletiva de trabalho entre os sindicatos ou associações respectivas e o Poder Executivo.

Quando não se tratar de dissídios de natureza econômica, ou seja, que envolvam dotação orçamentária, pode ocorrer, até mesmo, o dissídio coletivo,

55 OJ nº 5 da SDC do TST: “DISSÍDIO COLETIVO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal”.

56 OJ nº 5 da SDC do TST: “DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010”.

corolário da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, tendo por objeto tão somente condições de trabalho sem reflexos econômicos, tais como meio ambiente de trabalho e jornada de trabalho.

Indissociável para este debate é o fato de que a Constituição Federal, no já aludido art. 39, § 3º, faz menção expressa ao *inciso XIII*<sup>57</sup> do art. 7º, admitindo a compensação de horários e a redução de jornada *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*, o que se aplica aos servidores públicos. Portanto, conforme esclarece Luciana Bullamah Stoll, “a referência ao inciso XIII do art. 7º da Carta Magna implica na admissão da negociação coletiva para os servidores ocupantes de cargo público”<sup>58</sup>.

Pelas razões acima expostas é mais lógico e condizente com o Estado Democrático de Direito a posição da corrente doutrinária que defende a possibilidade de *negociação coletiva de trabalho no setor público*, que, ademais, é *integrante do rol dos direitos humanos fundamentais, na categoria de direito social fundamental*, que jamais poderia ser negado a essa categoria de trabalhadores.

## 5.2 – Normas internacionais que apoiam a negociação coletiva de trabalho no setor público

### 5.2.1 – Convenções e Recomendações da OIT

A negociação coletiva de trabalho foi erigida a *direito fundamental social dos trabalhadores*, estando, pois, inserta no texto constitucional brasileiro, além de ter recebido especial destaque na *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 19.06.98*, que declara, em seu artigo 2, que todos os Estados-membros, ainda que não tenham ratificado as convenções, têm compromisso derivado do simples fato de pertencerem à OIT de respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como a *liberdade sindical e o direito de negociação coletiva de trabalho*<sup>59</sup>.

57 CRFB: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*; (...)”.

58 STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007. p. 109.

59 “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (...)”.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a negociação coletiva de trabalho vem sendo indicada como o melhor meio de solucionar conflitos de interesses e de se conseguir melhores condições de trabalho e melhores salários, gradativamente, desde sua fundação em 1919, ora integrando parcialmente os instrumentos jurídicos daquela organização que tratam de outros temas específicos, ora sendo objeto integral de suas Convenções e Recomendações, cujas principais, que tratam do tema da negociação coletiva de trabalho, passa-se a analisar<sup>60-61</sup>.

A *Convenção nº 98 da OIT, de 1949*, ratificada pelo Brasil em 1952, foi adotada para aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, contudo, sem abranger os servidores públicos estatutários.

Estatui que os trabalhadores devam gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego, devendo as organizações de trabalhadores e de empregadores gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência, quer seja de umas contra as outras, quer seja por parte da Administração Pública, em sua formação, funcionamento e administração.

Deverão ser tomadas medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de *negociação voluntária* entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de *regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego*, trazendo a ressalva de não ser aplicada à situação dos funcionários públicos a serviço do Estado e de que não deverá ser interpretada, de modo algum, em prejuízo dos seus direitos ou de seus estatutos.

A *Convenção nº 154 da OIT, de 1981*, ratificada pelo Brasil em 1992, foi adotada para fomentar a negociação coletiva de trabalho, aplicando-se a todos os ramos da atividade econômica, *podendo a legislação ou a prática nacionais fixar* a aplicação dessa Convenção no que se refere à *Administração Pública*.

Para efeito da presente Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores, uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de fixar as condições de trabalho e emprego, assim como regular as relações entre empregadores e trabalhadores, além das relações entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores.

60 STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007. p. 41-44.

61 MARTINS, Sergio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.

Prevê que sejam adotadas medidas de estímulo à negociação coletiva, que devem prover sua ampla possibilidade de aplicação, que seja progressivamente estendida a todas as matérias, cujas medidas de estímulo adotadas pelas autoridades públicas deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e de trabalhadores.

A *Recomendação nº 163 da OIT, de 1981*, sobre a promoção da negociação coletiva, assinala que medidas devem ser tomadas para facilitar o estabelecimento e desenvolvimento, em base voluntária, de organizações livres, independentes e representativas de empregadores e de trabalhadores, além de que tais organizações sejam reconhecidas para fins de negociação coletiva.

Ademais, a negociação coletiva deve ser possível em qualquer nível, seja ao da empresa, do ramo de atividade, da indústria, ou nos níveis regional ou nacional, podendo as autoridades públicas oferecerem, a pedido das partes interessadas, assistência em treinamento para o pleno desenvolvimento de todo o processo da negociação coletiva.

As partes da negociação coletiva devem prover seus respectivos negociadores do necessário mandato para conduzir e concluir as negociações, sujeitos a disposições de consultas a suas respectivas organizações.

Outro ponto importante diz respeito à liberdade de informação necessária ao processo de negociação coletiva de trabalho, pois essa Recomendação da OIT assinala que as partes devem ter acesso à informação necessária às negociações, inclusive por parte de empregadores públicos e privados, que devem pôr à disposição informações sobre a situação econômica e social da unidade negociadora e da empresa em geral, se necessárias para negociações, devendo tais informações serem tratadas com confidencialidade, quando necessário.

A *Convenção nº 87 da OIT, de 1948*, foi adotada para defender e fomentar a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, ainda *não ratificada pelo Brasil*, tendo em vista os obstáculos constitucionais relativos à unicidade sindical e aos demais ranços corporativistas ainda presentes em nosso Texto Constitucional.

Apesar de não tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho, entende-se que o fez implicitamente ao afirmar e defender a liberdade sindical, que em seu bojo traz indissociavelmente o direito à negociação coletiva e à greve.

Finalmente, passa-se a expor a *Convenção nº 151 da OIT e a Recomendação nº 159*, ambas aprovadas pela Conferência Geral da Organização Interna-

cional do Trabalho, em sua 64ª reunião, realizada em 07.06.78 e, recentemente, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010, que, por sua importância, serão analisadas em tópico próprio, a seguir.

### 5.2.2 – *As recentes aprovações da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT*

O *Decreto Legislativo nº 206, de 07.04.2010*, aprovou os textos da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT, ambas de 1978. A aprovação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção nº 151 da OIT foi solicitada ao Congresso Nacional em 14 de fevereiro de 2008, em mensagem da Presidência da República<sup>62</sup>.

De acordo com a solicitação do Executivo, a Convenção estabelece princípios que asseguram a proteção dos trabalhadores da Administração Pública no exercício de seus direitos sindicais, e a independência das entidades, assim como a realização de negociações coletivas da categoria com o Poder Executivo para questões, como, por exemplo, reajustes salariais.

Outro acontecimento que contribuiu decisivamente para o momento político favorável à aprovação da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT foi a deliberação pelo Supremo Tribunal Federal que, em 25.10.07, decidiu ser o art. 37, VII, da Constituição Federal norma de eficácia contida, de modo que nas greves envolvendo servidores públicos estatutários deverá ser aplicada a Lei nº 7.783/89 até que seja aplicada a lei específica, ou seja, decidiu pela legalidade do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos estatutários, o que certamente pavimentou o caminho rumo à aprovação da aludida Convenção nº 151 da OIT, que se passa a analisar.

O *Decreto Legislativo nº 206, de 07.04.2010*, traz duas ressalvas. A primeira diz que, no caso brasileiro, a expressão “pessoas empregadas pelas autoridades públicas” abrange tanto os empregados públicos, regidos pela CLT, quanto os servidores públicos estatutários, todos ingressos na Administração Pública mediante concurso público. A segunda ressalva diz que são consideradas organizações de trabalhadores, abrangidas pela Convenção, apenas aquelas constituídas nos termos do art. 8º da Constituição Federal, ou seja, as entidades sindicais.

A *Convenção nº 151 da OIT* deverá ser aplicada a todas as pessoas empregadas pela Administração Pública à medida que não lhes forem aplicáveis

---

62 Fonte: Secretaria-Geral da Presidência da República. Disponível em: <[http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas\\_noticias/2008/02/not\\_130220082](http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2008/02/not_130220082)>. Acesso em: 9 dez. 2012.

disposições mais favoráveis de outras Convenções Internacionais do Trabalho, com a ressalva que cada país poderá determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção se aplicam aos empregados de alto nível<sup>63</sup> que, por suas funções, possuam poder decisório ou desempenhem cargos de direção ou aos empregados cujas obrigações são de natureza altamente confidencial.

Os empregados e servidores públicos gozarão de proteção adequada contra todo ato de discriminação sindical em relação ao seu emprego, seja contra ato que objetive subordinar o empregado público, despedir ou prejudicá-lo devido à sua filiação sindical.

Os sindicatos e empregados públicos gozarão de completa independência a respeito das autoridades públicas, de adequada proteção contra todo ato de ingerência de uma autoridade pública na sua constituição, funcionamento ou administração.

*Serão considerados atos de ingerência*, principalmente, os destinados a fomentar a constituição de sindicatos de empregados públicos dominados pela autoridade pública, ou sustentados economicamente por esta, ou qualquer outra forma que tenha o objetivo de colocar os sindicatos sob o controle da autoridade pública.

Deverão ser concedidas aos representantes dos sindicatos facilidades para permitir-lhes o desempenho rápido e eficaz de suas funções, durante suas horas de trabalho ou fora delas, sem que fique prejudicado o funcionamento eficaz da Administração Pública.

Deverão ser adotadas medidas adequadas para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização *de procedimentos de negociação* entre as autoridades públicas competentes e os sindicatos de empregados públicos sobre as condições de emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participarem na determinação de tais condições.

A solução dos conflitos que se apresentem por motivo das condições de emprego serão *tratadas por meio da negociação entre as partes ou mediante procedimentos independentes e imparciais, tais como a mediação, a conciliação*.

---

63 Entendemos que tais servidores constituem os agentes políticos, que, por serem altos representantes da Administração Pública, em suas respectivas áreas de atuação, se confundem com esta: São eles: os titulares do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos Municipais), Ministros de Estado, Parlamentares (Deputados e Senadores), Ministros dos Tribunais Superiores, Desembargadores, Magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

*liação e a arbitragem*, estabelecidos de modo que inspirem a confiança dos interessados.

A *Recomendação nº 159 da OIT*, aprovada na mesma Assembleia em que fora aprovada a *Convenção nº 151*, também foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 206, de 07.04.2012, tratando dos procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público.

Trata de recomendações complementares à *Convenção nº 151*, destacando a importância da legitimidade dos sindicatos, de critérios objetivos para sua constituição e representatividade da categoria profissional, assim como de definições legais, ou por outros meios, da representatividade da Administração Pública nas negociações coletivas de trabalho.

Também recomenda critérios objetivos de procedimentos na negociação, estabelecimento de prazos de vigência dos acordos bem-sucedidos e critérios de revisão e renovação.

Para José Carlos Arouca, “não basta a incorporação da *Convenção nº 151* ao nosso ordenamento jurídico, dependente de regulamentação precisa que defina os agentes da Administração legitimados a negociar e os limites da própria negociação, quando o atendimento das reivindicações dependerem de aprovação por lei”.

Com a ratificação da *Convenção nº 151* da OIT cremos que não remanesce dúvidas que ficou definitivamente permitida a negociação coletiva de trabalho para dirimir os conflitos coletivos trabalhistas no setor público brasileiro. Nessa esteira, no âmbito da União, foi editado o Decreto nº 7.674/2012, que disciplina o processo de negociação nos conflitos coletivos de trabalho, no caso dos servidores públicos federais da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

### *5.3 – A experiência brasileira*

Existem várias experiências de negociação coletiva no setor público, no Brasil, mesmo antes da ratificação da *Convenção nº 151* da OIT. Em outras palavras, a falta de previsão legal não impediu a realização de acordos coletivos em vários Municípios brasileiros, por meio de Secretarias e respectivos sindicatos de servidores públicos<sup>64</sup>, com estipulação de condições de trabalho e de remuneração de servidores estatutários.

---

64 O Município de Foz do Iguaçu e o sindicato municipal de servidores públicos realizaram vários acordos coletivos de trabalho, que resultaram em projetos de lei que proveram eficácia aos instrumentos firmados.

Observe-se que essas negociações são fruto das reivindicações e greves dos sindicatos dos servidores públicos que acabaram por enfraquecer a resistência da Administração Pública em negociar democraticamente melhores condições de trabalho e salários.

Em âmbito federal<sup>65</sup> foi criada a Mesa Nacional de Negociação Permanente, em 2002, com o intuito de instituir um Sistema de Negociação Permanente em âmbito federal, integrante do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – Sipec, criado pelo Decreto nº 67.326/70.

Podemos citar as seguintes experiências exitosas de negociação coletiva de trabalho no setor público<sup>66</sup>:

a) a criação da Mesa Nacional de Negociação Permanente, em 2002, e 10 mesas setoriais implantadas em 10 Ministérios, com os seguintes resultados expressivos: 47 negociações concluídas, cinco planos especiais de cargos criados e 112 tabelas remuneratórias estruturadas;

---

65 “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO SINDICAL. MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. SECRETARIA DE RELAÇÕES DE TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO. PRELIMINARES REJEITADAS. MESA NACIONAL DE NEGOCIAÇÃO PERMANENTE. PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DIRETA POR SINDICATO LOCAL. INCABÍVEL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. 1. Cuida-se de *writ* impetrado por sindicato local de servidores contra ato coator omissivo da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Secretário de Relações de Trabalho no Serviço Público, consubstanciado na negativa em permitir a participação plena na Mesa Nacional de Negociação Permanente, referente aos interesses da categoria que representa. 2. O sindicato impetrante possui legitimidade ativa para postular a sua participação em quaisquer atividades pertinentes à representação dos interesses dos seus representados. Preliminar rejeitada. 3. A Ministra de Estado possui legitimidade passiva *ad causam*, já que as reuniões da Mesa Nacional de Negociação Permanente são realizadas sob a coordenação central daquele Ministério e, principalmente, porque encampou a defesa dos atos da Secretaria de Relações do Trabalho no Serviço Público. Precedente: MS 13.947/DF, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 02.06.2011. Preliminar rejeitada. 4. As informações da autoridade dão conta de que o ato reputado como coator existe, pois alega que ‘a experiência tem revelado que a negociação é mais eficaz quando realizada com um número limitado de sindicatos, evitando a proliferação de entidades sem nenhuma representatividade e incentivando aquelas de fato representativas’ (fl. 68). Preliminar rejeitada. 5. Resta comprovado que o sindicato impetrante tem representatividade local (fl. 26) e possui liberdade de atuação nos limites que são fixados pelo art. 8º, incisos III e VI, da Constituição Federal. No caso concreto, não há conflito de representação, uma vez que a base territorial do sindicato local está englobada ao direito e dever de representação de sindicato nacional, em plena conformidade com o princípio da unicidade sindical. 6. Como já atestou o excelso Pretório, ‘o princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical’ (AgRg no RE 310.811, Relª Minª Ellen Gracie, Segunda Turma, publicado no DJe em 05.06.09). Assim, o entendimento contrário estabeleceria uma concorrência entre entidades locais e nacional, que não é cabível no sistema produzido pelo Poder Constituinte originário. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.” (STJ, MS 18.121, [2012/0020932-5], 1ª S., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.05.2012, p. 465)

66 AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 176-177.

b) criação, em 2002, do Sistema de Negociação Permanente para a Eficiência na Prestação dos Serviços Públicos Municipais de São Paulo – SINP, composto por representantes do Governo Municipal, dos servidores públicos, da Câmara Municipal, do Dieese, além de 31 associações de classe;

c) instituição da Mesa Nacional de Negociação Permanente do Sistema Único de Saúde, em 1993;

d) ainda é possível citar resultados exitosos em negociações coletivas, inclusive envolvendo aumento de salários, nos casos dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (reposição salarial de 14%), no caso dos servidores do Ministério do Planejamento (reajuste escalonado de 10,79%), etc.

Assim, a embora tardia aprovação da Convenção nº 151 da OIT simplesmente legalizou a prática corrente, ou seja, reivindicações, negociações coletivas de trabalho, greves e pacificação de conflitos na seara pública, à imagem do que ocorre na atividade privada.

Contudo, muito ainda precisa ser feito quanto ao respeito do exercício do direito de negociação coletiva e greve, no setor público, haja vista a recente reclamação apresentada à OIT, em 08.08.2012, pela Central Única de Trabalhadores – CUT e mais seis entidades sindicais, contra a República Federativa do Brasil, em razão da edição do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, e de desconto de salários dos servidores em greve.

O aludido Decreto dispõe sobre medidas a serem tomadas durante a ocorrência de greves na Administração Pública Federal, que afrontam a Convenção nº 151 da OIT, na medida em que propicia insegurança jurídica aos servidores envolvidos, pelo fato de permitir a substituição de trabalhadores em greve por servidores de outras esferas (estadual e municipal), o que também colide com a Lei nº 7.783/89. Por tais fundamentos, as entidades sindicais requerem à OIT a aplicação de sanções à República Federativa do Brasil.

## 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo discutir e apresentar uma vertente positiva sobre a negociação coletiva de trabalho no setor público, considerando as últimas novidades jurídicas, nos campos jurisprudencial e doutrinário, a realidade e a experiência brasileira, a recente ratificação de convenções da OIT alusivas ao tema, e, especialmente, o clamor das ruas, ou seja, a movimentação de servidores públicos, desde meados do ano passado lutando, por meio de seus sindicatos, pela recomposição de seus subsídios em face do Estado.

Paralelamente, enquanto assistimos a uma situação de relativa calma e pacificação social no setor privado da economia, graças à prática constante e reiterada da negociação coletiva de trabalho, por meio da qual os seres coletivos vêm celebrando, ano após ano, acordos e convenções coletivas e contemplando as categorias profissionais com reajustes salariais, em vários casos superiores aos índices inflacionários oficiais, ao revés, no setor público, nos deparamos com um quadro de insatisfação e de sentimento de desvalorização das categorias, pela ausência de diálogo social e da prática da negociação coletiva em seus vários níveis.

Em grande parte, esse sentimento de desconforto disseminado no âmbito da Administração Pública brasileira foi motivado pela ausência de qualquer forma de diálogo perene ou negociação coletiva de trabalho, estabelecimento e implementação de planos de evolução nas carreiras, ou de valorização profissional, e, em especial, pela recalcitrância do Poder Executivo em atender ao mandamento constitucional do art. 37, inciso X, da Carta Magna. A exceção é o Poder Legislativo, especialmente o federal, na medida em que os parlamentares votaram e conseguiram ajustar os seus próprios vencimentos de forma equivalente aos dos ministros do STF.

Foi justamente isso o que aconteceu no segundo semestre de 2012. Vários sindicatos profissionais representativos de servidores públicos estatutários inicialmente deflagraram uma greve, que durou meses, e, posteriormente, com o aceno do Poder Executivo na concessão de um reajustamento salarial de 15,8%, em três parcelas anuais, com efeitos diferidos, aceitaram negociar coletivamente com o Ministério do Planejamento, o que culminou com a assinatura de vários acordos coletivos de trabalho, posteriormente incluídos no orçamento nacional pelo Congresso Nacional. Todavia, remanesce certa defasagem nos subsídios que poderá induzir os sindicatos de servidores públicos a futuras movimentações sociais.

Caso permaneça o presente estado de coisas, a insatisfação no setor público deverá reverberar até que as partes cheguem à conclusão de que a melhor solução para a pacificação dos conflitos coletivos se encontra há muito tempo à sua disposição. Em outras palavras, é dialogando (ou negociando) que as partes se entendem. E isso se aplica para todos os setores, inclusive para os servidores públicos, embora para estes a negociação coletiva seja mais complexa em face de suas peculiaridades e influências (orçamento, arrecadação, cenário internacional, etc.).

A ideia de que as condições de trabalho no setor público só poderiam ser fixadas unilateralmente remontam à concepção de Estado como ente englobador

da sociedade, autoritário, arbitrário, antidemocrático, num espaço infenso aos demais poderes, que por muito tempo impediu a sindicalização no setor público. Hodiernamente, os tempos são outros. Os poderes devem ser harmônicos entre si e não pode haver a preponderância de um Poder sobre os demais em um Estado Democrático.

Em que pese a liberdade sindical ser amplamente reconhecida como direito humano fundamental, da qual decorrem os direitos à negociação coletiva e à greve, no caso brasileiro recente, se apresentaram duas posições sobre a admissibilidade da negociação coletiva de trabalho no setor público.

Para a corrente positiva, à qual nos filiamos, a omissão do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, que silenciou a respeito do inciso XXVI do art. 7º, que trata do reconhecimento pelo Estado dos acordos e convenções coletivas, não é motivo suficiente para a não fruição desse direito pelos servidores públicos estatutários, pois não existe vedação constitucional expressa. A diferença em relação ao setor privado é que a negociação coletiva no setor público, envolvendo estatutários, somente poderá ser realizada por meio de acordo coletivo, e não convenção coletiva de trabalho, pela inexistência de sindicatos patronais na Administração Pública.

Para robustecer essa posição doutrinária, o Brasil, além de ratificar a Convenção nº 151 da OIT, contou com a alteração, pelo colendo TST, da OJ nº 5 da SDC do TST, ocorrida em 14.09.2012, por meio da qual aquela Corte passou a se posicionar, no sentido de permitir o dissídio coletivo de natureza social no setor público, envolvendo empregados públicos, regidos pela CLT. Observe que o óbice aqui envolve justamente o princípio da legalidade, o que pode ser superado pela negociação coletiva por meio de acordos coletivos, posteriormente com trâmite nos demais poderes por meio de projetos de lei, ao envolver matéria econômica.

Na mesma esteira, existem no Brasil várias experiências bem-sucedidas de negociação coletiva no setor público, mesmo antes da ratificação da Convenção nº 151 da OIT. Em outras palavras, a falta de previsão legal não impediu a celebração de acordos coletivos de trabalho, que foram capazes de pôr fim às reivindicações e greves dos sindicatos dos servidores públicos.

Por serem inegáveis os benefícios da negociação coletiva de trabalho na solução dos conflitos trabalhistas e considerando, ainda, que a corrente negativa à negociação coletiva de trabalho no setor público no presente momento não mais se sustenta, pois todas as suas argumentações são amplamente superadas, nos posicionamos pela inevitabilidade do diálogo e da negociação no

setor público para que se amplie a todo o tecido social, no qual os servidores públicos incluem, em definitivo, a garantia ao direito humano fundamental à negociação coletiva de trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David de; NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIEESE. *A situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000*. São Paulo: DIEESE, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. 1. Parte 1.

MARTINS, Sergio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. *Processo coletivo do trabalho: dissídio coletivo, ação de cumprimento, ação anulatória*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RESENDE, Renato de Sousa. *Negociação coletiva de servidor público*. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. *O microssistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.

\_\_\_\_\_; MALLET, Estêvão (Org.). *Tutela processual coletiva trabalhista: temas*. São Paulo: LTr, 2010.

STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

# A COISA JULGADA PROGRESSIVA NA RECLAMATÓRIA TRABALHISTA: O PRAZO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA DAS RESOLUÇÕES PARCIAIS DE MÉRITO NA JUSTIÇA LABORAL

Fernanda dos Santos Nunes\*

## INTRODUÇÃO

**E**ste artigo traz à baila a análise interpretativa do significado da ação rescisória, bem como profundas reflexões sobre os capítulos da sentença, a progressividade da coisa julgada, o pedido incontroverso e os recursos parciais, além da forma como refletem diretamente na contagem do prazo bienal da ação rescisória.

Ainda, pensamos muito sobre a Súmula nº 100 do TST, cujo escopo é sistematizar as diretrizes acerca do prazo decadencial para a ação rescisória trabalhista.

E mais! Analisamos sobre a possibilidade de ocorrer a coisa julgada progressiva no processo trabalhista, através de recurso parcial, bem como enfrentamos as divergências entre a doutrina, a jurisprudência e o c. TST em relação ao prazo decadencial na ação rescisória.

## 1 – A COISA JULGADA PROGRESSIVA NA RECLAMATÓRIA TRABALHISTA: O PRAZO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA DAS RESOLUÇÕES PARCIAIS DE MÉRITO NA JUSTIÇA LABORAL

*O início do prazo para o ajuizamento da ação rescisória envolvendo recurso parcial, pedido incontroverso e a progressividade da coisa julgada laboral*

As reflexões sobre os capítulos da sentença, a progressividade da coisa julgada, o pedido incontroverso e os recursos parciais refletem diretamente na contagem do prazo bienal da ação rescisória.

---

\* Graduada em Direito pela PUCRS; pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil com ênfase no Processo Civil; pesquisadora de Direito do Trabalho na Universidade de Coimbra – Portugal e na Universidade de Burgos – Espanha; advogada especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela AMATRA 12.

Inicialmente, vamos compreender o significado da ação rescisória. A doutrina já a definiu como ação desconstitutiva ligada à sentença meritória (direta ou indireta) transitada em julgado. O professor Ovídio Batista esclarece:

“A ação rescisória, em verdade, é uma forma de ataque a uma sentença já transitada em julgado, daí a razão fundamental de não se poder considerá-la um recurso. Como toda ação, a rescisória forma uma nova relação processual diversa daquela em que fora prolatada a sentença ou o acórdão que se busca rescindir.”<sup>1</sup>

Senão, vejamos a ação rescisória é ação especial destinada a desconstituir decisões judiciais que tenham gerado a coisa julgada material. Além disso, possui natureza constitutiva negativa. Logo, trata-se de um direito potestativo da parte autora e não se submete à prescrição, e sim à decadência, uma vez que ultrapassado o prazo legal extingue-se o direito à rescisão da decisão viciada.

Contudo, a bem da verdade, a ação rescisória se trata de demanda que visa desconstituir a decisão de mérito, que pode ser a decisão interlocutória ou mesmo na apreciação da tutela do incontroverso (art. 273, § 6º, do CPC).

Ademais, o mesmo entendimento é aplicado ao julgamento do pedido incontroverso, bem como aos casos de decadência de direito *initio litis*, referente aos litisconsortes ativos facultativos.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior ensina:

“Seria, entretanto, rescindível essa decisão interlocutória de mérito? A resposta afirmativa se impõe. Conforme já dissemos, para o cabimento da ação rescisória é relevante a matéria decidida. É consequência lógica da admissão da possibilidade de questão de mérito vir a ser resolvida por decisão interlocutória o fato de que, precisamente por ser de mérito, seja passível de ataque pela via da ação rescisória.”<sup>2</sup>

Aliás, a coisa julgada ocorre em todas as decisões de mérito com a cognição suficiente que a torna imune, e não apenas na sentença de mérito.

Ademais, nos casos da resolução interlocutória de mérito, a futura sentença não aprecia novamente o capítulo. A partir disso, o prazo bienal já inicia, sob pena de contrariar todo o sistema processual e os princípios constitucionais ligados à duração razoável do processo.

1 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 409. v. 1.

2 NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 130.

Ainda no mesmo caso, na hipótese de interposição do agravo de instrumento em face de resolução interlocutória de mérito, o agravo adia a formação da coisa julgada, envolvendo o capítulo de mérito já decidido e, após o trânsito em julgado do *decisum*, é cabível a demanda desconstitutiva.

Vale citar os comentários de Flávio Luiz Yarshell:

“Mesmo no caso da reconvenção, no qual há regra legal expressa a determinar que os pedidos (inicial e reconvenção) sejam julgados no mesmo ato, é possível imaginar a cisão entre o julgamento do mérito da demanda inicial, de um lado, e da demanda reconvenção, de outro, ficando o segundo para julgamento via decisão interlocutória, que, nessa medida, deve abrir ensejo à desconstituição por ação rescisória.”<sup>3</sup>

Pensemos no caso do pedido incontroverso. Imagine que houve a apreciação de um dos pedidos cumulados (cumulação simples) e a decisão interlocutória de mérito está calcada no art. 273, § 6º, do CPC. A demanda segue em relação aos demais capítulos. O pedido já decidido e não impugnado mediante o agravo está imunizado pela coisa julgada e, assim, já passível de ação rescisória.

Nesse sentido, leciona Cândido Rangel:

“Contrariando o alvitre e as previsões do legislador, contudo, de fato, o juiz da causa decidiu interlocutoriamente uma questão de mérito. Essa decisão é viciada, mas existe, é interlocutória e é, também, em virtude do conteúdo ostentado, de mérito. Ela é tanto uma decisão de mérito quanto a sentença que, entre outras questões, examina a da prescrição e a reconhece ou rejeita. Daí a imperiosa conclusão de que, estando presentes os demais pressupostos para a rescisão, é ela que a ação rescisória deveria endereçar-se e não à sentença que depois veio a ser proferida. Seria absurdo rescindir a sentença pelo fundamento de haver transgredido os dispositivos legais sobre a prescrição (violação à literal disposição de lei: CPC, art. 485, V), quando esse propósito ela nada decidiu.”<sup>4</sup>

Ainda nesse raciocínio, proposta a rescisória em face do pedido incontroverso apreciado pela decisão interlocutória, não cabe à ação desconstitutiva ir além do pedido já imune. Logo, os demais pedidos da ação originária apreciados posteriormente, ou não analisados, não são passíveis do corte rescisório, nesse caso, claro.

3 YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 188.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 285.

Logo, mesmo que a previsão legal esteja limitada à sentença, já é sabido que a ação rescisória é cabível contra decisão de mérito (sentido amplo) ou resolução de mérito (dentro dos limites do art. 485 do CPC), e, pode ser a sentença, o acórdão ou a própria interlocutória. Assim, vamos concluir que sobre a ação rescisória há necessidade de demonstrar, através da certidão, o trânsito em julgado da resolução de mérito; e, também, é cabível conciliar o instituto do cumprimento definitivo do pedido já apreciado mesmo que prematuro com outro que nem transitou em julgado; e, ainda, há a possibilidade da execução provisória e a execução definitiva na mesma relação jurídica.

Nesse contexto, Cândido Rangel esclarece:

“Diante disso, uma interpretação sistemática do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil, conduzida pela lógica do razoável, impõe o entendimento de que o emprego da locução sentença de mérito é substancialmente destinado a indicar a rescindibilidade dos atos judiciais sobre o *meritum causae*. Como esses pronunciamentos judiciais deveriam vir sempre em uma sentença, então falou ele em sentenças de mérito; mas, surgindo na experiência concreta uma decisão atípica, como essa aqui examinada, prevalece a substância do preceito ditado em lei, e não as formas de sua expressão verbal. Uma sentença que não é suscetível de ficar coberta pela autoridade da coisa julgada material. Uma decisão interlocutória também não, desde que proferida nos limites que a lei lhe reservou (temas incidentes ao processo: art. 162, § 2º). Mas a decisão interlocutória que solucionar o mérito, ou uma questão de mérito tão relevante como é a prescrição, será uma decisão de mérito e como tal deverá ser tratada. Ser interlocutória significa somente ser proferida no curso do processo, sem lhe pôr fim nem determinar o esgotamento do procedimento em primeiro grau jurisdicional; não significa não ser de mérito, embora o legislador não houvesse cogitado de decisões interlocutórias de mérito.”<sup>5</sup>

Aliás, é importante trazer à baila que, no caso da rescisória envolvendo interlocutória de mérito, poderá existir incongruência (característica do sistema processual) entre as duas coisas julgadas, a que envolve a procedência do pedido da rescisória ajuizada contra a resolução meritória e a que foi objeto de decisão final da ação originária e não discutida pela demanda rescisória.

Bem a propósito, é interessante destacar hipótese de rescindibilidade proposta por Pontes de Miranda:

---

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 287.

“Ademais, a incongruência entre as ‘coisas julgadas’ também é admissível nos casos de cabimento de ação rescisória que não impugna totalmente a decisão rescindenda. É possível exemplificar com a hipótese de pedidos cumulados julgados cujo interessado ajuíza demanda rescisória buscando a declaração de nulidade (parcial) do julgado apenas para um dos pedidos cumulados. Quanto ao outro – que não foi objeto de desconstituição pelo acórdão proferido na rescisória –, permanece íntegro o julgado rescindendo, já quanto àquele, contida no *decisum* rescindido.”<sup>6</sup>

Ressalte-se que a incongruência está justificada pela verdadeira necessidade da segurança jurídica do sistema processualista brasileiro, aliada à busca da duração razoável do processo em face dos princípios constitucionais garantidores da justa e efetiva tutela do jurisdicionado.

Logo, a progressividade da imutabilidade e da eventual incongruência entre duas coisas julgadas é cabível, também, em relação ao recurso parcial. E, existindo diversos objetos aliados ao recurso parcial, esse somente adia o trânsito em julgado do capítulo recorrido.

Ademais, o autor Eduardo Talamini esclarece que “ao utilizarmos a expressão *trânsito em julgado*, afirma-se o incabimento de recurso. Contudo, é mister ressaltar que a coisa julgada (material) poderá, ou não, ocorrer em decorrência do trânsito em julgado. Na verdade, o trânsito em julgado refere-se ao aspecto temporal – incabimento de recurso –, ao passo que a coisa julgada material refere-se à imutabilidade da decisão. Em alguns casos, o trânsito em julgado poderá gerar apenas *preclusão*, v.g., quando não é cabível ou não interposto recurso em face de decisão interlocutória processual, ou mesmo coisa julgada, quando a decisão tem conteúdo meritório”<sup>7</sup>.

Aliás, importante ressaltar que a progressividade do prazo para a ação rescisória verifica a coisa julgada em momentos diferentes e ocorre divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao termo inicial para o ajuizamento da ação.

Senão, vejamos a jurisprudência e o Ministro Peçanha Martins entende que o termo inicial é o trânsito em julgado da última decisão, logo, a formação da coisa julgada ocorre em *momento único*.

“O ataque rescisório aos segmentos não recorridos da sentença, dos seus capítulos, como querem os mestres do direito, obrigará as partes (se possível fosse) a requerer várias ações rescisórias, tantas quantos forem

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 470. T. VI.

7 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 33.

os ‘capítulos’ a rescindir. Ora, o direito processual também se submete ao bom senso, à lógica do razoável. Como exigir-se da parte parcialmente vencida a propositura da ação rescisória enquanto pendente a lide, por força da interposição de recurso pela parte contrária? Quando, finalmente, se encerrará a lide? Quando teremos a eficácia da coisa julgada material? Tê-la-emos em ‘capítulos’? Penso que tal conclusão briga irreconciliavelmente com a nomenclatura da ciência processual, respeitada pelo CPC. *Sentença*, nos termos da lei, insisto, é ato do Estado-juiz que *põe termo ao processo*. Se atacada por recursos parciais hábeis pelos litigantes, submetidos ao princípio da utilidade, poderemos ter, sim, ‘capítulos’ ou segmentos do pedido, resolvidos em *meio ao processo*. A lide, porém, só se encerrará quando todos os ‘capítulos’ restarem irrecorríveis, *com as sentenças inteiras do Estado-juiz pode pôr fim à lide, à demanda, à ação deduzida em juiz*, coativamente impondo à parte ré a cessação da resistência, ou ao próprio autor a negação do direito reclamado, todo ou em parte. E só então é que se inicia o prazo para o exercício da ação rescisória. Antes, o que temos em meio ao processo é a preclusão ou o trânsito em julgado formal como querem alguns processualistas, impositivos do direito de praticar o ato processual ou de recorrer. O direito de propor a ação rescisória só nasce quando se consubstancia a eficácia que faz imutável e indiscutível a sentença.”<sup>8</sup>

Nessa linha de raciocínio entende o STF:

“Súmula nº 401 do STJ – O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer *recurso do último pronunciamento judicial*.”

Ainda nesse sentido, o c. TST indica que o juízo de admissibilidade negativo de natureza constitutiva produz efeitos *ex nunc*, ou seja, o trânsito em julgado corresponde à data que transitou a última decisão, seja de mérito ou não. Assim, resta demonstrado o entendimento da Corte trabalhista brasileira nos termos da Súmula nº 100, I, do TST, conforme segue:

“I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da *última decisão proferida na causa*, seja de mérito ou não.”

Ressalte-se que a Súmula nº 100 do TST tem por escopo sistematizar as diretrizes acerca do prazo decadencial para a ação rescisória trabalhista.

---

8 MARTINS, Francisco Peçanha. *Ação rescisória e coisa julgada*: prazo para a propositura da ação. Linhas mestras do processo civil. São Paulo: Atlas, 2004. p. 235.

Conforme transcrito acima, o item I da Súmula nº 100 busca sedimentar o *dies a quo*, ou seja, o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória, interpretando o art. 495 do CPC<sup>9</sup>.

Logo, percebemos ao interpretar o texto legal que o termo inicial é o trânsito em julgado da decisão.

E quando o recurso não for admitido? Dúvida que existiu na doutrina, haja vista que o juízo de admissibilidade tem natureza declaratória (positivo ou negativo) e produz efeitos *ex tunc*. Esclarecemos aqui o motivo pelo qual parte da doutrina entende que o *dies a quo* seria o trânsito em julgado da última decisão meritória.

Nos termos da Súmula nº 100, III, do TST, vamos refletir sobre o recurso intempestivo e incabível, conforme segue:

“III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso *intempestivo* ou a interposição de recurso *incabível* não protraí o termo inicial do prazo decadencial.”

O item citado trata-se de exceção ao item I da Súmula nº 100, pois o primeiro item da Súmula entende que existindo recurso, o trânsito em julgado conta-se da última decisão (efeito *ex nunc*). Já no caso em tela, o efeito gerado pelo recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível terá efeito *ex tunc*, tendo em vista que esses recursos não podem postergar o trânsito em julgado.

Em suma, a interposição de recurso intempestivo automaticamente já causa a existência de decisão transitada em julgada, haja vista a preclusão do prazo recursal, e, sendo assim, o recurso não poderá afastar os efeitos da coisa julgada.

Ora, se houver dúvida razoável sobre o recurso cabível ou sobre o prazo recursal, não se aplica a regra citada, pois o atual sistema processual admite o princípio da fungibilidade recursal cuja fundamentação se dá através da dúvida objetiva, da inexistência de erro grosseiro e, também, do correto prazo do recurso. Cabe aqui trazer o exemplo, prático e corriqueiro nos processos, da substituição da apelação pelo recurso inominado no Juizado Especial Civil (art. 41 da Lei nº 9.099/95), aplicando-se o princípio da fungibilidade em face da celeridade processual exigida pelo rito processual em tela.

Ora, pensemos sobre o prazo decadencial no caso citado. Exemplificando, imagine que seja interposto recurso ordinário intempestivo; o prazo legal é de

---

9 CPC: “Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

oito dias e foi interposto no 10º dia, o termo inicial para a ação rescisória será o subsequente ao trânsito em julgado, ou seja, no nono dia.

Portanto, o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória nos termos da Súmula nº 100 do TST, relacionado ao recurso parcial e ao recurso intempestivo ou incabível, está calcado na situação em concreto, sendo possível, apenas, a interpretação sumular, atendidos os requisitos propostos pelo c. TST na busca da justa e correta tutela jurisdicional.

Logo, é possível concluir que no que tange ao processo de formação da coisa julgada progressiva, as reflexões sobre os capítulos da sentença, bem como no que diz respeito aos princípios constitucionais, não se pode defender o argumento de que apenas um recurso, recorrendo de apenas um capítulo, dentre os vários pedidos da mesma relação processual, possa adiar a imutabilidade dos capítulos não impugnados em face ao *tantum devolutum quantum apelatum* e demais regras processuais.

O recurso parcial gera progressividade da coisa julgada no processo do trabalho? O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

Analisemos sobre a possibilidade de ocorrer a coisa julgada progressiva no processo trabalhista, através de recurso parcial cuja característica é basicamente a divisão dos capítulos da sentença através da impugnação de apenas alguns deles, possibilitando, assim, a imutabilidade e o trânsito em julgado em momentos diversos.

Vale destacar a manifestação de Gustavo Filipe:

“Se o recurso é parcial, ou seja, com impugnação de apenas parte da sentença condenatória, o capítulo não abrangido pela irrevogação transita em julgado de imediato, independente do recurso interposto. Se este capítulo refere-se ao mérito, há produção da *res judicata* material, possibilitando a execução definitiva, se condenatória a decisão. Assim, o prazo da ação rescisória quanto a este capítulo não impugnado tem início com seu trânsito em julgado, sendo irrelevante que, nas demais partes, o *decisum* tenha sido objeto de apelo.”<sup>10</sup>

Verifica-se, apenas para fins de esclarecimento, que a petição inicial poderá acumular diversos pedidos e que mesmo julgados em uma única sentença são divididos dentro do *decisum*, assim, estamos diante dos capítulos da sentença.

---

10 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Capítulos autônomos da decisão e momentos de seu trânsito em julgado. *Revista de Processo*, n. 111, São Paulo, RT, 2003, p. 296.

Com efeito, a corrente de opinião que via nessa ação uma espécie de recurso especial fechava os olhos à particularidade de que a rescisória instaura uma nova relação processual, ao passo que a pretensão recursal, em regra, é exercida na mesma relação processual que deu origem à sentença impugnada por esse meio. Assim o é porque enquanto a rescisória tem por finalidade desconstituir a coisa julgada, o recurso só é admissível dos pronunciamentos jurisdicionais que ainda não se submeteram ao fenômeno da *res judicata*<sup>11</sup>.

Ocorre que, interposto o recurso parcial, resta questionamentos doutrinários sobre o momento do trânsito em julgado capaz de permitir o início do prazo decadencial para a ação rescisória.

Rapidamente vamos compreender o significado da súmula, através das palavras de Élisson Miessa dos Santos e Henrique Correia. Os autores esclarecem que da jurisprudência surgem às súmulas (de *summula*), que expressam o diminutivo, o resumo, a menor parte de *summa*, que significa soma. A soma é a jurisprudência, no sentido *civil law* (lei civil). O intuito é de demonstrar a posição adotada pelo TST, transmitindo para a sociedade e para a estrutura interna do Judiciário Trabalhista o pensar do Tribunal Superior, órgão incumbido de unificar a jurisprudência na seara trabalhista. A *súmula* de jurisprudência do TST *é estática e representa o julgamento uniforme de todo o tribunal*<sup>12</sup>.

Logo, nesse sentido, já temos consolidado o entendimento da Corte trabalhista através da Súmula nº 100, II, do TST, cujo teor esclarece a possibilidade do recurso parcial e a progressividade da coisa julgada como segue:

“II – Havendo *recurso parcial* no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em *momentos e em tribunais diferentes*, contando-se o *prazo decadencial* para a ação rescisória do trânsito em julgado de *cada decisão*, salvo se o recurso tratar de *preliminar ou prejudicial* que possa tornar *insubsistente a decisão recorrida*, hipótese em que flui a *decadência a partir* do trânsito em julgado *da decisão que julgar o recurso parcial*.”

É importante exemplificar a regra aplicável ao recurso parcial em relação aos capítulos independentes. Vamos refletir sobre o entendimento do TST: imagine que há condenação na Vara do Trabalho ao pagamento de adicional de periculosidade e de horas suplementares e a reclamada interpõe Recurso

11 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 58.

12 SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012. p. 72.

Ordinário apenas em relação às horas extras; ocorrerá o trânsito em julgado do capítulo do adicional de periculosidade, no mesmo instante da interposição do recurso, ante a preclusão consumativa e impossibilidade de complementar o recurso ordinário.

Logo, podemos perceber que se o Tribunal conhece e dá provimento para o recurso ordinário, e não existindo recurso de revista pela reclamante, ocorrerão dois trânsitos em julgados, ou seja, ocorrerá trânsito do acórdão do regional e da sentença.

Já esclarecida a primeira parte do tópico II da Súmula nº 100 do TST, passemos a refletir sobre a segunda parte. Contrário ao exemplo anterior, o entendimento é que haverá apenas um trânsito em julgado da decisão do recurso parcial, quando tratar-se de preliminares e prejudiciais de mérito por uma questão lógica dos pedidos.

Vamos imaginar que a sentença reconhece o vínculo empregatício e condena ao pagamento das verbas rescisórias e anotação na CTPS. A empresa condenada recorre apenas do pedido de vínculo. Ocorrendo, aqui, a prejudicialidade entre os pedidos, assim o regional teria que estender os efeitos à parte não recorrida, haja vista que não há razão para dar provimento ao recurso e pagar as verbas rescisórias e negar o vínculo.

Ora, se as verbas são decorrentes do vínculo de emprego (arts. 2º e 3º da CLT), cuja inexistência afeta diretamente os demais capítulos, pois deste são dependentes, então o pedido principal afeta todos deles decorrentes, bem como alcança as condenações acessórias decorrentes da lei, a exemplo das correções monetárias e dos juros. Ressalte-se que estamos tratando, aqui, da exceção, e, por isso, a sua interpretação deve ser restritiva.

Ainda nesse contexto, o prazo para a rescisória no recurso parcial não adia a imutabilidade em relação ao capítulo não impugnado. É possível afirmar que o prazo bienal começa a fluir imediatamente em relação à decisão interlocutória de mérito (resolução interlocutória de mérito ou resolução parcial de mérito), não recorrida, inobstante o prosseguimento da demanda originária.

Aliás, seguindo o raciocínio da progressividade da coisa julgada, há possibilidade de ajuizamento da ação desconstitutiva mesmo que ainda pendente de imutabilidade os demais capítulos da decisão.

Ademais, para fins de esclarecimentos, Eduardo Talamini conceitua coisa julgada e trânsito em julgado:

“Se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material. Quando muito, pode-se vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal, de que se fala mais adiante. Mas, ainda assim, não há identidade entre os dois conceitos. O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditivo da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito.”<sup>13</sup>

Em que pese o mesmo tribunal, a exemplo acolher de ofício da ilegitimidade de parte ou alguma matéria passível de extinção do processo (art. 267 do CPC), essa extinção limita-se ao capítulo impugnado.

Assim, quando há recurso parcial, o prazo bienal para ajuizar a ação rescisória inicia imediatamente em relação ao capítulo já transitado em julgado e não impugnado, já passível de execução definitiva.

No que diz respeito ao prazo bienal, Barbosa Moreira afirma:

“Realmente, de acordo com o art. 495 do CPC, o prazo bienal para ajuizamento da ação rescisória começa a correr no dia em que toda a decisão rescindenda (ou parte dela – dependendo do teor do recurso contra ela interposto) transitou em julgado.”<sup>14</sup>

Conforme o exposto, é salutar comentar sobre os capítulos autônomos e o trânsito em julgado em momentos diferentes, como observa Paulo Lucon:

“A parte autônoma da decisão de mérito não recorrida transita materialmente em julgado, pode ser objeto de execução definitiva.”<sup>15</sup>

Ainda nesse contexto do recurso parcial e quanto ao ajuizamento da ação rescisória, Leonardo Cunha esclarece que:

“Ocorrendo trânsito em julgado parcial, a parte já está ciente dessa situação, podendo, desde logo, ajuizar a ação rescisória quanto à parte não impugnada. Significa que não há qualquer óbice lógico ou material quanto ao ajuizamento da ação rescisória. Em razão do princípio da

---

13 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 32.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

15 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total: aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 530.

utilidade, já sendo possível à parte valer-se do instrumento processual posto à sua disposição, inicia-se, desde então, a contagem do prazo.”<sup>16</sup>

Como restou demonstrado, a coisa julgada (progressiva e parcial) aceita a progressividade da contagem do biênio para o ajuizamento da ação rescisória, além de influir na formação progressiva do título executivo judicial.

## 2 – O PRAZO DECADENCIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA E HIPÓTESES DA SÚMULA Nº 100 DO TST

Considerando a possibilidade interpretativa da atual Súmula nº 100 do TST, podemos estender suas diretrizes a cada caso a ser analisando, determinando pelas peculiaridades legais a aplicação de cada item e o alcance jurídico respectivamente.

No caso específico da ação rescisória, o direito pelo qual ela é exercida é tipicamente potestativo, tendo essa ação natureza constitutiva, como essa espécie de direito não é suscetível de lesão<sup>17</sup>.

Ainda, nesse sentido, Manoel Antonio Teixeira Filho esclarece:

“O direito à desconstituição dos efeitos inerentes a *res judicata* já surge com o prazo preestabelecido para o seu exercício, sendo assim, se o titular não o exercer nesse prazo, o fenômeno que aí se verificará será, indiscutivelmente, o da decadência, nunca o da prescrição.”<sup>18</sup>

Seguindo esse entendimento doutrinário, a Súmula nº 100 do TST perfilhou, através de seus incisos, os prazos decadenciais e sistematizou, através de algumas hipóteses bem específicas, que pelas peculiaridades próprias delimitam o prazo decadencial para o ajuizamento da ação desconstitutiva, levando em conta cada critério exigido pela Corte trabalhista.

Dentre eles, encontram-se os aspectos sobre a formação do juízo, o acordo homologado, a hipótese de colusão das partes, o enfretamento ao princípio do duplo grau de jurisdição, a exceção de incompetência, as férias forenses, bem como o recurso extraordinário.

---

16 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial (REsp 415.586/DF – STJ). *Revista de Processo*, n. 1.120, São Paulo, RT, 2005, p. 224.

17 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 303.

18 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 304.

Iniciemos a análise do item IV da Súmula nº 100, cujo teor esclarece sobre a convicção do magistrado, senão vejamos:

“IV – O juízo rescindente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado juntada com a ação rescisória, *podendo formar sua convicção através de outros elementos* dos autos quanto à antecipação ou postergação do *dies a quo* do prazo decadencial.”

Registra-se que a certidão de trânsito em julgado tem presunção relativa de veracidade, haja vista que é lavrada por servidor público investido de fé pública, motivo pelo qual, havendo dúvida quanto ao *dies a quo* em prol da lealdade às partes e para preservar a fé pública, o juiz deve seguir a certidão.

De outra sorte, caso haja manifesto equívoco na certidão apresentada, caberá ao juiz, motivado pelo livre-convencimento, analisar todo o conjunto probatório para definir o dia do prazo decadencial, análise que também pode ocorrer *ex officio*.

Ressalte-se que para o ajuizamento da ação rescisória, necessária é a certidão de trânsito em julgado junto com a petição inicial com o objetivo de demonstrar o termo inicial do prazo decadencial. A Súmula nº 299 do TST consolida este entendimento conforme segue:

“I – É *indispensável* ao processamento da ação rescisória a *prova do trânsito em julgado* da decisão rescindenda.

II – Verificando o relator que a parte interessada não juntou à inicial o documento comprobatório, abrirá prazo de 10 dias para que o faça, *sob pena de indeferimento*.

III – A *comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação rescisória*. Eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídico não contempla a ação rescisória preventiva.”

Cabe refletir sobre o posicionamento do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que na Súmula nº 299 exige a comprovação do trânsito em julgado, sendo, assim, pressuposto processual para o ajuizamento da rescisória, enquanto a Súmula nº 100, IV, acertadamente, cria a possibilidade da convicção do magistrado. É fácil notar a presença do princípio da razoabilidade e da segurança jurídica nos respectivos posicionamentos da Corte trabalhista, garantindo, assim, a eficaz e justa tutela ao jurisdicionado.

Passemos à análise do acordo judicial, cujo termo homologado pelo juiz transita em julgado imediatamente. A Súmula nº 100, V, expressa o entendimento do c. TST, *in verbis*:

“V – O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial.”

Logo, é possível compreender que o acordo judicial transita em julgado na data da homologação pelo juízo. A coerência para tal efetividade processual está calcada pela irrecurribilidade da decisão, haja vista que se presume que feito o acordo, as partes têm concordância mútua e concessões recíprocas, acarretando-lhes a falta de sucumbência para legitimar o interesse recursal.

Também está prevista pela Consolidação das Leis Trabalhistas a hipótese de o termo homologado valer como decisão irrecorrível, conforme é demonstrado a seguir:

“Art. 831. A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.”

É fácil notar que ao tratarmos de Previdência Social o tratamento do caso em tela é diferenciado, tendo em vista que é cabível recurso ordinário para a União Federal em relação às contribuições previdenciárias, no prazo de 16 dias, conforme as regras do processo trabalhista.

Ademais, o acordo firmado na fase de conhecimento (arts. 831, parágrafo único, e 832, § 4º, da CLT) demonstra que o trânsito em julgado ocorrerá com o esgotamento do prazo recursal. Logo, o trânsito em julgado referente às contribuições previdenciárias será diferenciado para a União.

Ainda, importante ressaltar que na hipótese de homologação de acordo judicial, há formação de coisa julgada material no momento da homologação judicial, e, como já exposto, será, assim, uma decisão irrecorrível passível apenas de corte rescisório.

O c. TST também assegura a possibilidade de ajuizar a ação rescisória sendo a única possibilidade de impugnar o termo de conciliação nos moldes da Súmula nº 259 da Corte Trabalhista, *in verbis*:

“Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.”

E, no caso em tela, é desnecessária a juntada da certidão comprobatória do trânsito em julgado, conforme é exigido pela regra geral na data do ajuizamento da ação, sob pena de indeferimento da inicial, como já estudado.

A hipótese de colusão das partes é tema de grande relevância para o estudo em tela, tendo em vista que será analisada a ilicitude, a possível fraude das partes e a importante intervenção do Ministério Público. Senão, vejamos a Súmula nº 100, VI, do TST, *in verbis*:

“VI – Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude.”

Então, o que seria a colusão processual? Trata-se de ato ilícito praticado pelas partes com a finalidade de obter vantagem para si ou para outrem, além de fraudar a legislação trabalhista.

Nesse sentido, vale destacar as lições de Alexandre Freitas Câmara ao comentar o significado da colusão das partes, e afirmar, *in verbis*:

“É fato consistente na utilização do processo pelas partes para praticar ato simulado ou atingir fim ilícito.”<sup>19</sup>

Ainda, vale destacar o significado de *colusão* por Manoel Antônio Teixeira Filho:

“Do latim *collusio*, a palavra colusão é indicativa de conluio, do acordo fraudulento realizado em prejuízo de terceiro. Não é diversa a sua acepção no campo processual, no qual designa a fraude praticada pelas partes, seja com a finalidade de causar prejuízo a outrem, seja para frustrar a aplicação da norma legal.”<sup>20</sup>

Logo, o sistema processualista prevê expressamente (art. 485, III, *a*, do CPC) a causa de rescindibilidade da decisão judicial a colusão das partes com o intuito de fraudar a lei. E a gravidade desse vício é tão imensa, que o Ministério Público incumbido pela tutela da ordem jurídica (art. 127 da CF/88) é a parte legítima para ajuizar a ação rescisória nesse caso específico.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 15. v. 2.

20 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 232.

Ademais, o c. TST definiu que o termo inicial para o *Parquet* será quando o órgão tiver ciência da fraude. Percebe-se, assim, que houve diferenciação no momento do trânsito em julgado do início da contagem do prazo para ajuizá-la a rescisória.

Em suma, o órgão ministerial só poderá agir após a sua ciência de ilicitude e, a partir disso, inicia a contagem do prazo decadencial. Cabe citar ementa de precedente da Súmula nº 100 para fins de esclarecimento acerca do tema, *in verbis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DECA-DÊNCIA *DIES A QUO* DO PRAZO. CONTAGEM A PARTIR DA CIÊNCIA DA DECISÃO RESCINDENDA QUANDO NÃO ATUOU NO PROCESSO. Na lição de Coqueijo Costa, uma coisa é o momento do trânsito e outra, bem diversa, o *dies a quo* da contagem do prazo, que só flui quando é possível à parte a sua (*Ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 166). Tratando-se de ação rescisória proposta pelo Ministério Público com lastro em colusão (CPC, art. 487, III, *b*), o prazo decadencial do art. 495 do CPC só começa a fluir a partir do momento em que o órgão ministerial é cientificado da decisão rescindenda, quando se trata de processo no qual não interveio. Isso porque, na colusão, o delineamento de sua ocorrência não é imediato, uma vez que a simulação no processo apenas fica clara quando verificada a intencionalidade dos litigantes. E só o processamento da execução fornece os elementos de convencimento para a notificação do Ministério Público, para coibir a consumação da fraude (...).”<sup>21</sup>

Apesar de o c. TST estabelecer que a regra é aplicável quando o Ministério Público não oficiou nos autos, cabe refletirmos sobre a situação, pois mesmo participando do processo prazo decadencial para ajuizar a rescisória, também será da ciência da fraude, quando verificada após a participação do órgão ministerial no processo.

Assim, é possível justificar, como citado pelo Ministro Ives Gandra no precedente da Súmula nº 100, que, em regra, a colusão é evidenciada na fase executiva, logo, será após a apresentação do parecer ou a interposição do recurso ministerial na fase de conhecimento. Portanto, ocorrendo denúncia após a colusão das partes, apenas da ciência do ato que iniciará o prazo decadencial participando ou não da demanda originária.

21 TST, ROAR 624.374, SBDI-2, Rel. Min. Ives Gandra, DJ 27.04.01.

Também cabe citar o Ministro Barros Levenhagen, relator de outro precedente originário da presente Súmula, *in verbis*:

“*In casu*, não há que se falar em ciência do Ministério Público, no processo de conhecimento, quanto aos fatos alegados como delineadores da colusão, por ter nele oficiado, uma vez que apenas após a assinatura do acórdão rescindendo os demais fatos que conformariam integralmente o quadro tido como de conluio das partes ocorreram (não interposição de recurso de revista e ausência de impugnação oportuna e adequada aos cálculos), razão pela qual apenas a partir da denúncia da existência de fraude, protocolada no Ministério Público em 07.04.99 (que deu origem ao Procedimento Investigatório 59/99), pode ser computado o prazo para o *Parquet* Laboral ajuizar a competente ação rescisória (fls. 20-24). Tanto é assim, que a colusão é prevista como causa especial de rescindibilidade da coisa julgada pelo Ministério Público (CPC, art. 487, III, b).”<sup>22</sup>

Ainda com respeito à colusão das partes, com o fito de violar a lei, cumpre-nos destacar que o sujeito passivo dessa fraude processual é o magistrado, pois em se tratando de dolo bilateral, seria ilógico pensar que a vítima fosse um dos litigantes. Dessa forma, torna-se absolutamente lógico concluir que unicamente o Ministério Público terá legitimidade (e interesse) para pedir a rescisão do julgado<sup>23</sup>.

Logo, é possível concluir que o prazo decadencial da ação rescisória, no caso de colusão das partes, inicia sua contagem a partir da ciência do órgão ministerial laboral tenha ou não participado da demanda processual.

Bem, passemos à análise do princípio do duplo grau de jurisdição frente ao prazo decadencial da ação rescisória nos termos da Súmula nº 100, VII, do TST, *in verbis*:

“VII – Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Sabemos que o recurso no atual sistema processual tem como finalidade revisar decisão judicial, logo, não existindo julgamento de alguma matéria, o tribunal anula a decisão recorrida (em regra) e determina o retorno do processo ao juízo *a quo* para a prolação de nova decisão.

22 TST, ROAR 698.667/00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 23.05.03.

23 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 103.

O c. TST no presente item sumular, a fim de afastar qualquer possível nulidade, aplicou o art. 515, § 3º, do CPC ao recurso ordinário interposto do acórdão que reflete a decadência da ação rescisória.

Vejamos o teor do art. 515, § 3º, do CPC:

“§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

O legislador, em face do princípio da economia e da celeridade processual, introduziu o presente dispositivo e passou a permitir o julgamento do órgão *ad quem* de matéria não examinada na decisão impugnada.

Ao analisarmos o dispositivo citado, percebemos que foi direcionado à decisão impugnada que extingue o processo sem resolução de mérito. Logo, mesmo que a decisão não tenha visto o mérito, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e/ou tiver em condições de julgamento imediato, o tribunal poderá julgar o mérito, sem ocorrer violação ao duplo grau de jurisdição e tampouco supressão de instância.

Nesse ponto, cabe refletirmos os ensinamentos de Manoel Antonio Teixeira Filho, que esclarece sobre o adjetivo *rescindendo* não estar dicionarizado. Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que se encontra consagrado pela tradição da terminologia processual. *Rescindendo* é aquilo que se rescinde, é o objeto da ação rescisória; *rescindente* é o que tem poder de rescindir, é o instrumento da ação rescisória<sup>24</sup>.

De outra sorte, a decisão que pronuncia a decadência e resolve o mérito (art. 269, IV, do CPC) é também aplicável na hipótese de reconhecimento da decadência.

Já que a decadência resolve o *meritum causae*, a decisão não rejeita ou acolhe formalmente e expressamente os pedidos da petição inicial.

Vale destacar os esclarecimentos de Fredie Didier Junior sobre o assunto:

“É que, nesse caso, a sentença apreciou o mérito, exatamente porque o reconhecimento da prescrição ou da decadência importa extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC). Não

---

24 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 309.

haveria, então, supressão de uma instância jurisdicional, bem de violação ao duplo grau de jurisdição.

Esse entendimento relativo à prescrição e à decadência restou transportado com a inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC pela Lei nº 10.352/01, para os casos de sentenças terminativas.”<sup>25</sup>

Portanto, podemos concluir que na hipótese de recurso de decisão que pronuncia a decadência, o tribunal poderá julgar sem encaminhar os autos ao juízo de 1º grau.

Também é importante destacar que o conectivo “e” deve ser interpretado como alternativo, ou seja, leia-se “ou”. Nesse sentido, Júlio César ensina:

“A pedra de toque para nortear a possibilidade de supressão de um grau de jurisdição, a meu ver, não está situada no conteúdo do mérito, mas na circunstância de o processo estar apto para receber esse julgamento.”<sup>26</sup>

Logo, os autos irão para o tribunal de origem apenas quando necessitar de instrução probatório, caso contrário, a regra geral determina que a ação rescisória será julgada pelo respectivo tribunal sem afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição.

Agora vamos refletir sobre a possibilidade de a incompetência territorial postergar início do prazo decadencial: será realidade esta hipótese? Ao analisarmos o entendimento do c. TST, observamos estar descartada essa ideia, conforme a Súmula nº 100, VIII, da Corte Trabalhista, *in verbis*:

“VIII – A exceção de incompetência, ainda que oposta no prazo recursal, sem ter sido aviado o recurso próprio, não tem o condão de afastar a consumação da coisa julgada e, assim, postergar o termo inicial do prazo decadencial para a ação rescisória.”

Em regra, estamos falando de incompetência absoluta, contudo, não há nada impedindo a incidência do item sumular na incompetência relativa.

Ora, como já sabemos, a incompetência relativa deve ser alegada na primeira oportunidade do réu ao falar nos autos (art. 847 da CLT). Na esfera trabalhista estamos tratando da audiência, momento oportuno para o reclamado formular, por meio de exceção de incompetência e em face do princípio da

25 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2010. p. 108. v. 3.

26 BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 186.

celeridade, o processo do trabalho, que admite a sua arguição na contestação, sob pena de preclusão.

De outra sorte, a incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive na ação rescisória. Contudo, é submetida ao recurso próprio a depender do momento processual a ser arguida.

Logo, como o recurso é a forma que temos para afastar a formação da coisa julgada, a interposição de peça autônoma para a alegação de incompetência absoluta ou até mesmo a incompetência relativa na fase recursal não postergará o trânsito em julgado.

Para esclarecer o entendimento consubstanciado nesse item, vamos analisar o precedente que o originou, conforme o Ministro Ives Gandra Martins Filho, *in verbis*:

“É verdade que a Súmula nº 100 do TST indica que o prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória só começa a fluir a partir do trânsito em julgado da última decisão do processo, seja ela de mérito ou não.

Pois bem. A hipótese dos autos apresenta peculiaridades que merecem ser ressaltadas.

Verifica-se, em primeiro lugar, que a decisão rescindenda foi prolatada em 02.06.92 (acórdão de embargos de declaração em recurso ordinário, fl. 57), e contra ela foi interposto recurso de revista (fls. 62-70), para qual se denegou segmento, aplicando-se a Súmula nº 23 do TST (despacho de fl. 71).

Contra tal despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, a Reclamada interpôs agravo de instrumento, ao qual também foi denegado, com fundamento nas Súmulas ns. 316 e 317 do TST (fls. 82-83), em 21.10.93.

Após tal decisão, mais precisamente em 22.11.93, a Reclamada ofereceu exceção de incompetência *ratione materiae* e *ratione personae*, sustentando a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito, requerendo a suspensão do processo e anulação de todos os atos decisórios nele praticados, além da remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 187-197). O pedido formulado na exceção foi indeferido por despacho, publicado em 02.02.94, sob argumento de que lhe faltava amparo legal (fl. 198).

Insurgindo-se contra esse último despacho, que indeferiu pedido de suspensão do processo e remessa dos autos à Justiça Federal dita competente, a União interpôs agravo regimental (fls. 199-209), para qual se negou seguimento, sob o argumento de que o agravo não infirmou os fundamentos do despacho agravado (fls. 210-211).

Da decisão no agravo regimental, a União, após embargos de declaração (fls. 212-214), os quais foram rejeitados (fls. 215-216), continuou insistindo e interpôs recurso extraordinário (fls. 217-228), que não foi admitido por não ter sido demonstrada ofensa frontal e direta à Constituição Federal (fls. 229-230).

Ora, registra-se, desde logo, que a jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de que o recurso ou providência judicial ao qual se nega seguimento, por intempestividade ou por manifesta inadmissibilidade, deve ser considerado inexistente para fins de devolução de prazo decadencial. Isso porque o trânsito em julgado da decisão dá-se pelo mero decurso do tempo, uma vez que a manifestação inoportuna das partes não tem o condão de repristinar prazos já esgotados (...).

Assim sendo, a última decisão que vale no processo para a contagem do biênio decadencial da ação rescisória é a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista (fl. 47), tendo em vista que a exceção de incompetência oferecida não foi recebida por ausência de suporte legal.”<sup>27</sup>

Logo, resta demonstrado que a hipótese versa sobre a alegação de incompetência em peça autônoma, ou seja, fora do recurso, bem como o pedido é manifestamente incabível.

Já ao tratarmos do prazo decadencial para ajuizar a ação desconstitutiva em relação às férias forenses, feriados e finais de semana, a previsão aduz ao primeiro dia útil subsequente. Senão, vejamos o entendimento sumular nos moldes da Súmula nº 100, IX, do TST, *in verbis*:

“IX – Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT.”

---

27 TST, ROAR 501.346/98, Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 09.06.00.

É fácil notar que o egrégio Tribunal preservou a utilização integral do prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória a fim de afastar qualquer prejuízo no exercício do direito de ação.

Ressalte-se por tratar-se de prazo decadencial, salvo disposição legal em contrário, o prazo não poderá ser suspenso, nem interrompido (art. 207 do CC), nem ter seu termo final alterado para o primeiro dia útil subsequente.

Contudo, o c. TST, aplicando o item sumular ora analisado, permitiu o deslocamento do termo final do prazo, seguindo a hipótese do art. 775 da CLT conforme segue:

“Art. 775. Os prazos estabelecidos neste Título contam-se com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento, e são contínuos e irrelevantes, podendo, entretanto, ser prorrogados pelo tempo estritamente necessário pelo juiz ou tribunal, ou em virtude de força maior, devidamente comprovada.

Parágrafo único. Os prazos que se vencerem em sábado, domingo ou dia feriado, terminarão no primeiro dia útil seguinte.”

Cabe ressaltar que tal entendimento sumular decorreu do princípio da utilidade dos prazos cuja interpretação aduz que os prazos devem ser fixados em tempo suficiente para a prática do ato processual, ou seja, o legislador determina os prazos conforme a necessidade e não a parte processual.

Portanto, o prazo decadencial da ação rescisória ao confrontar-se com férias forenses, feriados, finais de semana e dias sem expediente forense será prorrogado para o primeiro dia útil subsequente (arts. 775 e 184, § 1º, da CLT), a fim de preservar o direito de ação assegurado constitucionalmente aos jurisdicionados.

Já em relação ao prazo decadencial para ajuizar a rescisória em relação ao prazo da interposição do recurso extraordinário, há entendimento sumulado pelo TST, nos termos da Súmula nº 100, X, vejamos:

“X – Conta-se o prazo decadencial da ação rescisória, após o decurso do prazo legal previsto para a interposição do recurso extraordinário, apenas quando esgotadas todas as vias recursais ordinárias.”

Percebe-se que após a utilização de todos os recursos da justiça trabalhista é cabível o recurso extraordinário, e, caso não interposto, o prazo para o trânsito em julgado será no dia em que esgota o prazo para a interposição desse recurso, ou seja, após 15 dias, conforme previsão legal.

Contudo, trata-se de hipótese restrita ao processo do trabalho. Apesar de existir essa possibilidade, é obrigatório o esgotamento da instância ordinária, haja vista que o STF apenas atuará em única ou última instância, conforme prevê a Súmula nº 281 do STF, *in verbis*: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Ainda, Manoel Antonio Teixeira Filho esclarece que o recurso extraordinário em ação rescisória deve ter como objeto os pressupostos da decisão emitida nessa ação, e não os fundamentos invocados pela decisão rescindenda; ainda, o exaurimento dos recursos no juízo de origem só é requisito para a admissibilidade do recurso, e não para os efeitos da ação rescisória<sup>28</sup>.

Resta claro que a interposição prematura do recurso extraordinário será incabível, a exemplo, sendo possível o recurso de revista ou embargos para SDI, não será admitido o REXT por caber recurso dentro da Justiça do Trabalho.

E mais, se a parte deveria interpor embargos para SDI, e interpõe o REXT ao STF, o trânsito em julgado ocorrerá no dia do vencimento do prazo para a interposição dos embargos (oito dias) e não do vencimento do REXT (15 dias).

Nesse caso, aplica-se o item III desta Súmula como já exposto, pois estaremos diante da interposição de recurso incabível e, logo, não irá protrair o termo inicial do prazo decadencial.

Demonstrada a plasticidade da *res judicata*, no campo dos pronunciamentos normativos trabalhistas, não há porque se repelir a ideia de uma classe especial de coisa julgada, a que bem poderíamos designar de sob condição ou mesmo de aparente, na medida em que ligada e sujeita às condições ou circunstâncias que ditaram sua formação<sup>29</sup>.

Bem, já enfrentada as divergências entre a doutrina, a jurisprudência e o c. TST em relação ao prazo decadencial na ação rescisória após reflexões sobre o tema no decorrer do presente estudo, entendemos com a máxima prudência exigida pelo assunto que a base está calcada no entendimento da egrégia Corte trabalhista. Afinal, o c. TST, além de acompanhar a doutrina majoritária, assegura a possibilidade do trânsito em julgado sucessivo e delineia todo nosso estudo sobre a formação progressiva da coisa julgada.

Já a fim de finalizar o presente artigo, nas palavras de Manoel Antonio Teixeira Filho, pensemos sobre a ideia de justiça, aliás, é algo que oscilará de

28 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 325.

29 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 314.

indivíduo a indivíduo, em decorrência de sua elevada carga de subjetivismo: o que é injusto aos olhos de um, não o é aos de outro. De qualquer forma, como ponderamos, o compromisso do juiz é com a lei, e não com os sentimentos de justiça do indivíduo, a despeito do caráter nobre dessa manifestação do espírito humano; segue-se que, se uma sentença injusta aplicou, com propriedade e acerto, a norma legal adequada para regular o caso concreto, não poderá ser objeto de rescisória, ainda que conste de sua manifesta injustiça<sup>30</sup>.

Logo, após todo o estudo e reflexão sobre este tema de grande relevância para a justiça laboral brasileira, podemos concluir que há coisa julgada progressiva na reclamatória trabalhista!

---

30 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 63.

# O ARTIGO 8º: O “PULMÃO” DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Firmino Alves Lima\*

## INTRODUÇÃO

A principal função do pulmão é abastecer o sangue de oxigênio, retirando do sangue o dióxido de carbono e o vapor d'água. Cada movimento respiratório simboliza a vida ao renovar o oxigênio de nosso corpo. De modo semelhante atua o art. 8º na Consolidação das Leis do Trabalho. Por essa norma, que é uma grande porta, o texto consolidado se encontra aberto a diversas fontes normativas que preenchem suas lacunas, renovando a cada instante nossa queridíssima senhora setuagenária.

Os profissionais da área jurídica laboral devem perceber que muitas matérias são decididas diuturnamente nos tribunais laborais pela complexa porta edificada pelo art. 8º. A pretensão deste texto é fazer uma breve análise dessa importantíssima norma, destacando, também, sua crucial importância dentro do direito laboral brasileiro atual.

O texto também contém uma singela homenagem do autor a seu pai, um adolescente de 16 anos, em 1943, que laborava como auxiliar em um departamento pessoal de uma empresa com aproximadamente mil empregados em São Paulo, e que sentiu o profundo impacto da nossa homenageada.

## A PECULIARIDADE DAS LACUNAS NO DIREITO DO TRABALHO

A Consolidação dedicou, em sua parte geral, uma norma que permitisse a solução dos conflitos laborais quando suas disposições fossem omissas. Permitiu ao aplicador da norma um método integrativo, baseado em algumas possibilidades de adoção de outras normas e instrumentos jurídicos, com o intuito de solucionar casos concretos não previstos no texto aprovado.

Devemos lembrar que o texto consolidado, como seu nome deixa claro, não era propriamente um código elaborado, mas uma compilação sistematizada

---

\* Juiz do trabalho titular da 2ª Vara de Sorocaba (SP) – 15ª Região; mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

reunindo algumas normas existentes com alguns princípios do direito do trabalho. Alexandre Marcondes Filho, na exposição de motivos da *Consolidação das Leis do Trabalho*<sup>1</sup>, em seu item 11, afirma claramente que ela “não é uma coleção de leis, mas a sua coordenação sistematizada”, e que “não é um engenho de arquitetura legislativa, mas uma recapitulação dos valores coerentes que resultaram de uma grande expansão legislativa anterior, em um dado ramo do direito”. Não teve, e nem poderia ter, a pretensão de ser completa.

O texto do art. 8º foi introduzido por meio de compilação. Arnaldo Süssekind afirmou que os artigos que tratavam da Justiça do Trabalho, especialmente aqueles constantes no Decreto-Lei nº 1.237/1939 e no Decreto nº 6.596/1941, ingressaram na CLT como normas compiladas, sem alterações, como legislação de “véspera”, preceitos ainda vigentes<sup>2</sup>.

O art. 94 do Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939<sup>3</sup>, norma instituidora de uma Justiça do Trabalho, afirmava o seguinte:

“Art. 94. Na falta de disposição expressa de lei ou de contrato, de decisões da Justiça do trabalho deverão fundar-se nos princípios gerais dos direitos especialmente do direito social, e na equidade. harmonizando os interesses dos litigantes com os da coletividade, de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça, sobre o interesse, público.”

E o art. 67 do Decreto nº 6.596, de 12.12.1941, que instituiu o regulamento da Justiça do Trabalho<sup>4</sup>, preconizava o seguinte:

“Art. 67. Na falta de disposição expressa de lei ou de contrato, as decisões da Justiça do Trabalho deverão fundar-se nos princípios gerais do direito, especialmente do direito social, e na equidade, harmonizando os interesses dos litigantes com os da coletividade, de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

1 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Exposição de motivos. MACHADO FILHO, Alexandre Marcondes. Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29280/1943\\_clt\\_exposicao\\_motivo.pdf?sequence=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/29280/1943_clt_exposicao_motivo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 16 jun. 2013.

2 SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. A história da CLT no seu cinquentenário. In: BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: edição histórica 70 anos. Rio de Janeiro: JC, 2013. p. 18.

3 BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.237*, de 1º de maio de 1939. JusBrasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/12069228/artigo-94-do-decreto-lei-n-1237-de-02-de-maio-de-1939>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

4 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Portal. *Decreto nº 6.596*, de 12.12.1940. Disponível em: <[http://portal2.trt1o.gov.br:7777/portal/page?\\_pageid=73,5714538&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://portal2.trt1o.gov.br:7777/portal/page?_pageid=73,5714538&_dad=portal&_schema=PORTAL)>. Acesso em: 31 jul. 2013.

Portanto, resta claro que o art. 8º não foi concebido pela comissão responsável pela preparação de um anteprojeto de Código do Trabalho, algo bem semelhante já existia nas normas criadoras da Justiça do Trabalho, sofrendo, contudo, importantes alterações.

O anteprojeto do texto consolidado continha no seu art. 6º a base para o artigo em destaque, ao prescrever que “as autoridades administrativas e a magistratura do trabalho, na falta de disposição legal ou contratual, decidirão conforme o caso, de acordo com a analogia legal, os princípios gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, a jurisprudência, os usos e costumes, o direito comparado e a equidade”<sup>5</sup>. Tal proposta foi alterada e acabou definida nos seguintes dizeres:

“Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Cabe cotejar as disposições do art. 8º com os ensinamentos sobre o preenchimento das lacunas e a indicação das fontes supletivas indicadas por François GénY, guardando significativa similitude. Maria Helena Diniz aponta que a doutrina do jurisfilósofo francês, um crítico do estadismo jurídico, se encontra situada dentro da teoria das lacunas do direito, posto que apresenta um processo integrativo do direito que procura suprir as omissões das normas jurídicas existentes<sup>6</sup>. O renomado jurista francês, também referenciado por Bobbio como um dos maiores críticos contra a completude dos códigos, indicava ao intérprete que este, na ausência de normas para resolver um caso concreto, deveria lançar mão de fontes supletivas conhecidas como “menos formais”, ordenadas hierarquicamente, indicando o costume, a autoridade e a tradição consagrada pela doutrina e jurisprudência dos tribunais e à livre-investigação científica<sup>7</sup>.

5 *Id. Ibid.*

6 *Id. Ibid.*, p. 79.

7 GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Sirey, 1913. p. 27. Disponível em: <<http://archive.org/stream/scienceettechniq01geny#page/n7/mode/2up>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

O art. 8º foi uma norma moderna para seu tempo, concebida em uma época em que o direito do trabalho se desenvolvia em nosso país, assimilando bastante sua base doutrinária. O direito do trabalho reconhece que o ordenamento jurídico estatal não pode ser completo. Ele sempre terá lacunas em função da dinâmica peculiar das relações de trabalho, por ser um direito mais sensível às mudanças sociais. Um pouco antes da nossa homenageada surgiu uma norma similar de grande repercussão no panorama jurídico europeu, que foi o artigo 1º do Código Civil suíço de 1907. Foi uma norma muito ousada para a época ao afirmar que, no caso de omissão da lei, o Juiz decidirá conforme o costume e, na falta deste, que o Juiz atue como legislador<sup>8</sup>.

A essência de um ordenamento completo, perfeito e acabado, ditado pelos códigos civis do século XIX, foi corroída exatamente pela revolução industrial e o surgimento de um novo direito destinado a regular uma nova situação social muito pouco por eles tratada, as relações de produção. A existência de uma sociedade abaixo do Estado, ainda mais dividida em classes, foi um profundo impacto contra o monismo jurídico dominante.

Essa dinâmica peculiar dos direitos sociais é reconhecida por Norberto Bobbio. Ele sustenta que apesar de o Estado querer se colocar sobre a sociedade, a luta de classes, de um lado, e a contínua formação espontânea de novos conjuntos sociais, como os sindicatos e os partidos, de outro, aliados a novos relacionamentos derivados da transformação dos meios de produção, colocava em evidência uma vida subordinada ou em oposição ao Estado<sup>9</sup>. A nova sociedade industrial e a sociologia forneceram ampla munção aos juristas contrários ao monismo estatal para derrubarem o dogma da completude do ordenamento jurídico<sup>10</sup>.

O chamado *direito social*, denominação adotada por alguns autores, entre eles Cesarino Júnior, era uma das principais e mais vívidas demonstrações de que a teoria da completude jurídica era absolutamente insustentável. Eram os novos tempos de um direito pluricêntrico e multijurídico, que exige uma atualização contínua e veloz para não se tornar ineficaz. Ele tem como fonte um fenômeno social, caracterizando-se por exprimir um produto de uma sociedade dinâmica e plural, derivada de uma realidade social estranha ao poder do Estado. Era uma época em que floresciam as teorias contrárias à dominação

---

8 MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 38.

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 124.

10 *Id. Ibid.*, p. 125.

do direito estatal, especialmente do *direito vivo* de Eugen Ehrlich mencionado por Maria Helena Diniz<sup>11</sup>, um direito dinâmico que deixava as fontes formais da lei e da jurisprudência em planos inferiores, em detrimento das normas do direito extraestatal, no qual o ordenamento jurídico-positivo é naturalmente incompleto ante a complexa realidade.

No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta que as necessidades de uma sociedade em mudança, de um lado, e a concepção do direito como norma posta e encarada como ponto de partida inegável, de outro, exigiam o rompimento da pretensa atitude acrítica demonstrada pela defesa da completude do ordenamento jurídico e seu descompasso com as necessidades sociais<sup>12</sup>.

Héctor-Hugo Barbagelata<sup>13</sup> ensina com peculiar clareza que as lacunas no direito do trabalho assumem especial característica desse ramo do direito. A dinâmica das relações sociais, que depende essencialmente de fatores extra-jurídicos e de maior sensibilidade social, ganha um significado social muito mais destacado comparativamente com outros ramos do direito. Assevera ainda o eminente jurista uruguaio que esses fatores extrajurídicos possuem um peso em que é guardada uma relação intensa com algumas instituições do direito do trabalho e ainda exploram as posições contraditórias entre as vantagens e os inconvenientes do poder do Juiz para a interpretação de seus preceitos<sup>14</sup>.

A dinâmica peculiar das relações de trabalho, em especial aquelas ocorridas com a adoção de novas tecnologias e novas formas de produção, confere ao direito laboral um ambiente muito propício à formação de lacunas. Com maior destaque, o fator *tempo* altera drasticamente não só a realidade das relações trabalhistas, bem como o próprio ordenamento jurídico como um todo. Ele revela uma série de dificuldades de compreensão de normas com o seu passar, cujo sentido muda de acordo com a realidade vigente.

Insta destacar uma passagem do Relatório da Comissão constante na Exposição de Motivos do “Anteprojeto da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho”, subscrita pelos integrantes da Comissão de Juristas, datado de 5

11 EHRlich, Eugen. Fundamental principles of the sociology of law. p. 126-129, 172, 179, 430 e 435. In: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82-83.

12 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 313.

13 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009. p. 114.

14 *Id. Ibid.*, p. 115.

de novembro de 1942. Nessa passagem, o relatório aponta que diversos países já haviam aprovado seus “códigos de trabalho”, cuja expressão por demais ampla, segundo seus subscritores, restou contestada pela promulgação de leis posteriores, e que “evidencia não se poder, desde já, estabilizar em um corpo imóvel de preceitos de um direito *in fieri* em uma civilização, fortemente em mudança, provando tal asserção a superioridade técnica de uma Consolidação dessas leis”<sup>15</sup>. Os próprios autores do anteprojeto previram a possibilidade de constantes mudanças da situação social, as quais não poderiam ser acompanhadas por um código hermético. O reconhecimento da possibilidade da existência de lacunas era evidente.

Lacuna, na visão de Bobbio, é a falta de uma norma aplicável para determinada situação<sup>16</sup>. Pedro Vidal Neto cita o entendimento de Oliveira Ascensão, no qual “lacuna é uma incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste”<sup>17</sup>. A integração é a exigência de preenchimento da lacuna emanada pela proibição do *non liquet* (não convém). Como bem menciona Tercio Sampaio Ferraz Junior, tal colmatação ou preenchimento não é apenas para suprir a lacuna, bem como para demonstrar o vazio<sup>18</sup>.

Mas outro tipo de lacuna, além do vácuo normativo propriamente dito, pode surgir. O escólio de Bobbio<sup>19</sup> afirma que existe lacuna quando o ordenamento não somente deixa de trazer uma solução, mas, sim, a falta de uma solução *satisfatória*. Seriam lacunas que surgiriam não somente pela falta de uma norma, mas pela falta de uma norma justa, ou seja, uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. É a lacuna *ideológica*, *imprópria* ou *axiológica*, distinta da lacuna *real* ou *própria*, sendo a primeira conhecida como *de iure condendo* (do direito a ser estabelecido) e a outra *de iure condito* (do direito já estabelecido).

O jurisfilósofo italiano ainda explica as diversas classificações de lacunas<sup>20</sup> quanto aos motivos que a provocaram em *subjetivas* e *objetivas*. As primeiras decorrentes de um motivo imputável ao legislador, e as segundas

15 BRASIL. Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC). *Ante-projeto da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho*. Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29283>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

16 *Id. Ibid.*, p. 115.

17 VIDAL NETO, Pedro. *Estudo sobre a interpretação e a aplicação do direito do trabalho*. Tese para concurso à livre-docência de direito do trabalho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1985. p. 153.

18 *Id. Ibid.*, p. 314.

19 *Id. Ibid.*, p. 140-141.

20 *Id. Ibid.*, p. 144-145.

são aquelas decorrentes dos fatos sociais. As lacunas *subjetivas* ainda podem se dividir em *voluntárias* e *involuntárias*. As primeiras são decorrentes de vontade do legislador para sua existência, e as segundas de algum descuido do legislador. Também Bobbio menciona a classificação em *praeter legem* e *intra legem*. As primeiras quando decorrentes de normas destinadas a regular casos muito particulares e não compreendem todos os casos que podem apresentar-se no nível dessa particularidade. Já as lacunas *intra legem* têm lugar no caso das normas muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberão ao intérprete preencher.

Já a classificação dos procedimentos de integração apresentada por Tercio Sampaio Ferraz Junior, os divide em *instrumentos quase-lógicos* ou *instrumentos institucionais*<sup>21</sup>. Os primeiros são aqueles que exigem alguma forma de procedimento analítico, como a analogia, a indução amplificadora e a interpretação extensiva. Já os segundos são aqueles que buscam apoio na concepção de instituição, como os costumes, os princípios gerais de direito, a equidade e a jurisprudência.

Assim, é possível constatar que a lacunosidade do ordenamento assume uma situação especial para o direito do trabalho, uma vez que diversas características peculiares desse ramo do direito fomentam seu surgimento em grande escala. E, nesse aspecto, devem ser entendidas como lacunas não somente o vazio de normas aplicáveis a determinadas situações, mas também as situações que levam à contradição e mesmo à carência de normas justas destinadas a casos concretos que orientem o aplicador do direito a um resultado completamente distinto daqueles esperados pelos seus princípios construtores.

O art. 8º é referência em diversos compêndios de introdução ao estudo do direito como exemplo de norma integrativa. Em outros países, normas integrativas são previstas nos artigos 11 da Lei de Contrato de Trabalho da Argentina, 17 da Lei Federal do Trabalho do México, 15 do Código de Trabalho da Costa Rica e 5º do Código de Trabalho do Panamá, entre outros.

Mas não foi só isso, o art. 8º também trouxe ao texto um instrumento de orientação da interpretação das normas laborais, bem como na interpretação das normas cuja aplicação foi autorizada. O caráter interpretativo do art. 8º, ao lado do caráter integrativo, é sustentado por diversos autores, entre eles Pedro Vidal

---

21 *Id. Ibid.*, p. 315.

Neto<sup>22</sup>, Homero Batista Mateus da Silva<sup>23</sup>, Irany Ferrari/Melchíades Rodrigues Martins<sup>24</sup> e Octávio Bueno Magano<sup>25</sup>.

A possibilidade integrativo-interpretativa veio acompanhada de uma restrição expressa no sentido de que elas poderiam ser realizadas *sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*. Tal exigência parece guardar traços da ordem corporativista da época de sua criação.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada em pleno *Estado Novo*, sob a regência de uma ditadura centralizadora de cunho corporativista, regida pela Constituição outorgada em 1937. A doutrina corporativista não somente influenciou a ordem constitucional daquele regime como o texto consolidado em particular. Essa ordem, no escólio de Mihail Manoilescu<sup>26</sup>, apontava que a coletividade nacional era uma entidade superior e uma personalidade distinta do conjunto de indivíduos, traduzindo no Estado como uma expressão suprema dessa coletividade, não voltado ao indivíduo, mas, sim, a essa coletividade nacional, que o ultrapassa. Segundo o referido autor, as corporações são, na mencionada concepção, os órgãos naturais de expressão e manifestação da vida nacional, instrumentos secundários a serviço do Estado, que é o instrumento de primeira ordem destinado a servir um ideal superior da coletividade nacional.

A aplicabilidade do texto consolidado era voltada para as autoridades administrativas e para a Justiça do Trabalho, além da população abrangida. Efetivamente, não se pode falar de forma alguma que a atmosfera constitucional do nascimento da nossa homenageada seja semelhante a dos dias atuais. A atual ordem constitucional vigente é constituída sob o prisma de um Estado Democrático de Direito e de uma ordem sindical livre de interferências do Estado (ainda que sob os auspícios da teimosa unicidade sindical). Por tal motivo, parece claro que a restrição interpretativa, de inegável índole corporativista, parece não se encaixar perfeitamente a uma ordem democrática em constante aperfeiçoamento.

---

22 *Id. Ibid.*, p. 123.

23 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 200. vol. I.

24 FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Consolidação das Leis do Trabalho*: doutrina, jurisprudência predominante e procedimentos administrativos. Introdução. São Paulo: LTr, 2006. p. 88. v. I.

25 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 122. v. I.

26 MANOILESCU, Mihail. *O século do corporativismo*: doutrina do corporativismo integral e puro. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. p. 45.

Cabe analisar adiante quais os mecanismos que a Consolidação das Leis do Trabalho previu para integração de suas lacunas.

### OS MEIOS DE INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS

O texto consolidado apresenta sete possibilidades integrativas, voltadas para um pluralismo inédito para seu tempo. Apesar de alguns autores criticarem o texto do art. 8º, como Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho, que afirmam que a norma não contém qualquer técnica jurídica e alcunham o texto de *salada*<sup>27</sup>, não há como deixar de considerar que era uma norma moderna para sua época, sem paradigma no ordenamento brasileiro, ou seja, se for de fato uma *salada*, foi muito bem temperada.

Importante frisar antes da análise detalhada de cada possibilidade integrativa, que a ordem da enumeração pelo art. 8º não confere maior ou menor importância a um ou outro mecanismo. Ainda que não tenha essa intenção, parece que a ordem escolhida profetizou a realidade do direito laboral brasileiro da atualidade.

A jurisprudência é o primeiro mecanismo de integração mencionado e merece ser comentado com maior profundidade, em face da sua importância cada vez mais destacada na renovação do texto consolidado. Ela é uma fonte derivada da atividade jurisdicional, embora, na época da criação da CLT, a Justiça do Trabalho não integrasse o Poder Judiciário. O texto consolidado atribuiu à jurisprudência o papel de fonte subsidiária do direito do trabalho, assumindo papel *jurígeno* na definição de Mauricio Godinho Delgado<sup>28</sup>, no qual as próprias decisões judiciais são fonte de direito, com duplo papel: decide o conflito colmatando determinada lacuna dentro do processo em que é necessária a integração, bem como consolidando esse processo integrativo como fonte de direito para outras questões semelhantes.

Norberto Bobbio destaca que as críticas voltadas contra o estatismo jurídico e contra a completude do direito formuladas pela *escola do direito livre* apontavam para a jurisprudência como ponto fundamental suscitado pela literatura crítica do início do século XX<sup>29</sup>. O jurisfilósofo italiano destaca autores franceses como Jean Cruet, autor de *A Vida do Direito e a Impotência das Leis* (1908). A referida obra propunha o método de uma legislação experimental a qual deveria adequar-se às necessidades sociais, dando a máxima importância

---

27 *Id. Ibid.*, p. 37.

28 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 242.

29 *Id. Ibid.*, p. 126.

ao costume e à jurisprudência como força ativa na evolução do direito<sup>30</sup>. Cruet destacava que a participação do Juiz no processo decisório rejuvenesce a lei, em algum grau, como fenômeno constante afirmando existir *uma lei natural da evolução jurídica*, nascido da jurisprudência. Esclarece que o direito vive para a jurisprudência e é pela jurisprudência que o direito vislumbra frequentemente a sua evolução sobre uma legislação imóvel. Já Gaston Morand, autor de *A Revolta dos Fatos contra a Lei* (1920), colocava em destaque a oposição entre a ordem econômica e o Estado. Junto com Géný, o pensamento de tais autores sempre estava centrado na diminuição da importância da lei escrita como norma completa e indiscutível, em face do favorecimento da jurisprudência como fonte suplementar importante para manutenção da juventude da norma positivada.

A realidade brasileira parece ter convergido com tais ideais sobre a jurisprudência, a qual assumiu papel preponderante no direito laboral brasileiro. Nunca é demais destacar dois aspectos históricos importantes: o primeiro deles no fato de que na época da criação da Consolidação das Leis do Trabalho ainda havia uma Justiça do Trabalho, mas sem ser integrante do Poder Judiciário, o que veio a ocorrer em 1946. O segundo ponto, de extrema importância, no sentido de o texto consolidado ter aplicação sobre pequena parcela da força de trabalho nacional. O texto consolidado surgiu quando o país era eminentemente agrário e rural, com uma incipiente industrialização. As disposições consolidadas, como regra geral do art. 7º, não se aplicavam aos trabalhadores rurais, aos trabalhadores domésticos e aos servidores públicos. Por tal motivo, a Justiça do Trabalho dispunha de uma potente ferramenta de incorporação de diversas fontes jurídicas à maioria da população laboral brasileira que não era abrangida pela nova legislação.

Não é necessário ir muito distante para entender a força da jurisprudência, principalmente diante da acentuada e natural lacunosidade do direito do trabalho. Não bastasse essa tendência aberta pela própria norma consolidada, diversos fatores acentuaram ainda mais o papel da jurisprudência como fonte subsidiária, em muitos casos assumindo natureza legiferante. O exemplo da terceirização é o mais contundente. Segundo dados apresentados por uma pesquisa do Sindicato de Prestadores de Serviços Terceirizados do Estado de São Paulo, o número de trabalhadores terceirizados empregados formalmente no Brasil chegou a 10,5 milhões, o que representa 23,9% do total de empregados com carteira assina-

---

30 CRUET, Jean. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris: Ernest Flammarion, 1908. p. 24. Disponível em: <[http://archive.org/stream/laviedudroitetl00cruegoog/laviedudroitetl00cruegoog\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/laviedudroitetl00cruegoog/laviedudroitetl00cruegoog_djvu.txt)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

da, totalizando 11,4% da População Economicamente Ativa (PEA)<sup>31</sup>. Via de consequência, temos centenas de milhares de reclamações submetidas ao crivo da Justiça do Trabalho em todo país, tratando dessa inquestionável tendência global de contratação. Ela é precarizante e com pouca chance de efetividade das normas protetoras, principalmente pela inidoneidade financeira de grande parte das prestadoras contratadas.

A existência do trabalho terceirizado está regulada em nosso país por uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho<sup>32</sup>, a célebre Súmula nº 331, a qual permite em determinadas atividades, proíbe em outras e também define a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços terceirizados pelos créditos vindicados, inclusive órgãos públicos. E não há como apontar a existência de infringência do princípio da legalidade consagrado no art. 5º, II, da nossa Carta Política como direito fundamental, para as condenações fundamentadas no mencionado precedente. A possibilidade de definição de uma súmula como fonte de direito é autorizada pelo mencionado art. 8º, preenchendo essa gigantesca lacuna.

A carência de resposta do Poder Legislativo a determinadas demandas de regulação de formas de trabalho humano e situações cotidianas, a velocidade de transformação das relações do trabalho, com o fértil surgimento de novas práticas e tendências laborais e os fantásticos avanços da tecnologia conferem à jurisprudência um papel primordial na atualização do nosso direito do trabalho. Ela não somente incorpora outros precedentes jurisprudenciais como também todos os outros meios integrativos e consolida entendimentos doutrinários. Como exemplo, a mencionada Súmula nº 331 encontra seus alicerces nos princípios protetores do aproveitamento do trabalho humano e responsabilidade civil (art. 7º, *caput*, da CF de 1988 e art. 932, III, do Código Civil), da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988), da função social dos contratos (art. 421 do Código Civil), da proteção da confiança, da analogia (art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho) e, também, do direito comparado no Mercosul (as leis do Chile e do Uruguai que preveem responsabilização solidária/subsidiária em alguns casos de terceirização).

A jurisprudência assume papel fundamental nos dias atuais, não somente regendo boa parte das relações do trabalho em nosso país. Tal postura vem de

---

31 CENTRAL DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DO BRASIL. *Terceirizados já ultrapassam os 10 milhões de trabalhadores no Brasil*. Disponível em: <<http://www.portalc tb.org.br/site/brasil/15536-terceirizados-no-brasil-ja-ultrapassam-os-10-milhoes-de-trabalhadores>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

32 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331.

encontro à tendência do Poder Judiciário ser chamado a decidir questões que carecem de previsão legislativa, atendendo demandas da sociedade que não são resolvidas pelas instâncias constitucionalmente previstas, especialmente as políticas. Assim, o Judiciário é convocado a ocupar importante espaço político em face da proibição do *non liquet* e da inércia de produção normativa pelas vias regulares. Esse papel preponderante fica cada vez mais acentuado no nosso direito, de tradição romano-canônica, que sofre forte tendência de aproximação a instrumentos jurídicos do direito consuetudinário, especialmente na consagração da força normativa dos precedentes jurisprudenciais, até mesmo com caráter vinculante. O preenchimento desse vácuo político não somente é natural como também é necessário para resolver milhões de lides, pois a sociedade demanda regulações para muitos de seus problemas que não podem esperar por regulamentações legislativas, muitas vezes tardias ou incompletas.

Dentre os meios integrativos, a analogia não deixa de ter seu papel de extrema importância em um território de natural lacunosidade que é o direito do trabalho. Frise-se que o texto do anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho falava expressamente em *analogia legal*, mas que foi substituída pela singela expressão *analogia* no texto final, com muito maior amplitude. Com efeito, a redação final não somente permite a aplicação da chamada analogia da lei (*analogia legis*) como também da analogia do direito (*analogia juris*). Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>33</sup> aponta que a analogia da lei parte da aplicação de um preceito legal a casos semelhantes, ao passo que a analogia do direito parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhes são comuns, os quais, então, são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais.

A busca de amparo jurídico em situações semelhantes reguladas pelo ordenamento, transportadas para onde há um vazio do direito positivo, tem sido extremamente comum no nosso direito laboral. É possível indicar duas importantes aplicações da analogia ao transportar regulações que prevejam direitos de ordem higiênica do trabalho (direito do reconhecimento do sobreaviso com pagamento de 1/3 da hora normal aos portadores de instrumentos de comunicação eletrônicos que tenham seu descanso prejudicado e dos intervalos de descanso do digitador). Elas são previstas por duas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (respectivamente Súmulas ns. 428 e 346), as quais adotam expressamente o uso da analogia.

Não é possível falar que a adoção de tais preceitos originários de funções específicas previstas no texto consolidado (ferroviários e mecanógrafos) seja

---

33 *Id. Ibid.*, p. 317.

uma prática legislativa indevida. Tais situações fáticas ocorreram em face do avanço da tecnologia, que resulta em impactos significativos na vida dos trabalhadores, alguns potencialmente danosos, e que surgem em um ritmo muitas vezes mais rápido que a capacidade legislativa possa acompanhar. A necessidade de regulação (inibitória ou permissiva) deve ser suprida pela analogia, uma vez que é impossível o legislador conseguir prever todas as situações fáticas da sua própria época, quanto mais as do futuro. Além do que, quanto mais minuciosa for uma norma legal, mais lacunosa ela será, como previu a comissão em sua exposição de motivos.

Já a equidade, outro meio integrativo declinado pelo art. 8º consolidado, é de aplicação bem mais reduzida na nossa realidade, mormente quando possui significantes caráter subjetivo com uma definição de contornos pouco precisos. O preceito aristotélico aponta que a equidade é o corretivo da justiça legal quando se faz presente como meio de superar o rigor legal e o defeito da universalidade da lei<sup>34</sup>. Nesse sentido, a equidade é uma aplicação menos rigorosa de determinada norma jurídica com fundamento em uma sensação natural de justiça por parte do intérprete. Este, segundo as lições de Miguel Reale<sup>35</sup>, deve entender que, em certos casos, é necessário abrandar os rigores da norma textual para não trazer uma aplicação fria e insensível, com efeito danoso à justiça. Mas o sentido de equidade acima exposto é o decorrente da existência de uma norma legal cujo afastamento ou abrandamento é imperioso. Trata-se de situação distinta da previsão integrativa proposta pelo texto consolidado (*ausência de disposições legais ou contratuais*).

Como forma integrativa passível de suprir lacunas normativas, é possível entender a equidade como ato criativo do direito no vácuo normativo ou contratual, que tomará como base um sentimento natural de justiça, muitas vezes íntimo, no qual o Juiz deverá legislar virtualmente em casos concretos, atribuindo à sua decisão valores próprios. Nesse sentido, a inserção do art. 852-H, § 1º, no texto consolidado, ao regular o rito sumaríssimo, concede a possibilidade ao magistrado de proferir decisão mais justa e equânime, com atenção às finalidades sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum. Já no caso das lacunas *ontológicas* ou *axiológicas* em que o confronto entre a literalidade da norma e a sua finalidade, seja pela perda de sentido ou de atualidade, pedem interpretações razoáveis e comedidas, a equidade é aplicada no sentido aristotélico para alinhar o dispositivo em questão com os princípios do direito do trabalho e da ordem constitucional.

34 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: UnB, 2001. p. 109.

35 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 295.

Diversas são as passagens em que o próprio texto consolidado abre ao magistrado a possibilidade de atuar de forma equânime, além da previsão do art. 8º e da norma processual em referência. A situação do art. 766 é uma delas, permitindo arbitrar “justos salários” aos trabalhadores com justa retribuição para as empresas, assim como a possibilidade de conversão da reintegração em indenização nos casos de incompatibilidade, conforme o art. 496.

A menção aos princípios gerais de direito é uma situação que merece uma consideração especial. Trata-se de um recurso a uma fonte com razoável dificuldade de definição pela doutrina. Eles podem ser considerados como normas jurídicas universais ou domésticas ditadas pela razão ou por costumes. São regras emanadas de uma abstração lógica e normalmente reconhecidas por toda uma comunidade como regras inerentes básicas do convívio humano e da experiência da vida em sociedade, integrando uma consciência jurídica comum a todos os seres humanos. É possível mencionar como exemplo a tais normas a *regra de ouro* (*não faças ao outro o que não quer que faças a ti*) ou a regra do *suum cuique tribuere*, mencionadas por Kelsen como aquelas regras que se harmonizam com qualquer ordem social, especialmente toda e qualquer ordem jurídica positiva<sup>36</sup>.

Nesse aspecto, muita importância deve ser atribuída aos princípios constitucionais, como integrantes de um bloco rígido de direitos estruturantes da ordem jurídica nacional, ainda que não específicos da ordem laboral. Entre eles, assumem função destacadíssima nas relações laborais os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da isonomia e da não discriminação. Não somente como normas de direito fundamental ocupando a hierarquia mais alta dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas como direitos humanos de caráter essencial, de aplicação imediata e intensa nas relações entre particulares, especialmente entre trabalhadores e empregadores.

No que tange aos princípios do direito do trabalho, a questão se torna complexa em face da consagração do conceito dos princípios atuando como normas. Paulo Bonavides assevera que, na atualidade, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. E arremata mais adiante, ao afirmar que já não há mais tempo para os princípios exercitarem apenas a função supletiva ou subsidiária dos códigos<sup>37</sup>.

36 KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 56.

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 289.

Américo Plá Rodriguez, por seu turno, afirma que os princípios são emanações das outras fontes do direito, podendo receber da legislação, da doutrina e da jurisprudência, sendo esta a protagonista na criação dos princípios não obstante a doutrina tenha a tarefa de descobrir, expor, denominar e explicar o alcance de cada um<sup>38</sup>. Aponta o íncrito mestre uruguaio que “os princípios surgem envoltos e expressos por outras fontes e desempenham uma função inspiradora e orientadora na interpretação do juiz, que transborda a função de fonte do direito e os situa num outro plano”<sup>39</sup>. Nesse sentido, atuando nas funções interpretativa e integradora, imperiosa é a inclusão dos princípios básicos do direito do trabalho, que, com força de normas, podem regular diversas situações laborais não positivadas, tanto no âmbito material como questões processuais.

O art. 8º menciona os usos e costumes como outra forma de integração do ordenamento. Manuel Alonso Garcia afirmou claramente que no século XIX as práticas costumeiramente utilizadas pelos contratantes colmataram lacunas legislativas, por expressar a prática cotidiana do trabalho, possuindo uma força inicial com o mesmo nível de um precedente<sup>40</sup>. Porém, na prática, sua aplicação tem sido cada vez mais rara. Com efeito, Ernesto Krotoschin afirmou que o costume vem sofrendo um declínio em sua transcendência no direito do trabalho, pelo contínuo avanço do direito positivo e das normas coletivas<sup>41</sup>.

Cristina Mangarelli afirma que os usos diferem dos costumes, afirmando que nos usos residem os elementos objetivos dos costumes, ou seja, a prática mais ou menos reiterada e constante de alguns atos<sup>42</sup>, sem aparecer o elemento subjetivo (*opinio juris*), como sendo a convicção dos interessados da obrigatoriedade de tal uso. Cita a doutrinadora uruguaia que o elemento subjetivo se destaca mais no costume, que possui um elemento de maior obrigatoriedade entre as partes como verdadeira norma, ao contrário dos usos. Importante destacar a existência de costumes que não contrariam a ordem legal, aqueles que contrariam a ordem legal, aqueles que complementam a ordem legal ou aqueles que surgem antes da ordem legal. Como exemplo para os costumes contrários à lei, deve ser mencionada a conhecida *experiência*, uma contratação sem anotação na carteira profissional por determinado tempo (geralmente curto)

38 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do direito do trabalho e peculiaridades do sistema das fontes. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudios sobre as fontes do direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 28-29.

39 *Id. Ibid.*, p. 29.

40 ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. 7. ed. Barcelona: Ariel, 1981. p. 147.

41 KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 14. v. I.

42 MANGARELLI, Cristina. Costume. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudios sobre as fontes do direito*. São Paulo: LTr, 1998. p. 162.

como forma de contrato de prova informal. Apesar de ser prática ilícita, é muito comum entre pequenos empregadores, especialmente os domésticos. Como costume anterior à lei, importante citar as compensações informais realizadas entre empregados e empregadores para *pontes de feriados* ou mesmo para folgas em dias de jogos da Copa do Mundo. Tal prática, comum nos anos 70 e 80, veio a ser regulada em várias normas coletivas e, posteriormente, integrou os fundamentos da existência dos chamados *bancos de horas* instituídos pela Lei nº 9.601/98, alterando dispositivos consolidados.

O direito comparado é um dos elementos integrativos mais importantes, porém de menor utilização pelos profissionais da área jurídica laboral. Há uma grande lacunosidade sobre situações fáticas e cotidianas de extrema complexidade no ambiente de trabalho, principalmente derivadas de tendências globais de administração de recursos humanos que não possuem qualquer regulação em nosso país. Merecem destaque os casos envolvendo discriminação, assédio sexual e assédio por sexo, atos antissindiciais, uso de comunicação eletrônica no trabalho e, principalmente, as complexas questões envolvendo a dispensa, especialmente os casos de dispensa arbitrária, dispensa retaliatória e dispensa coletiva.

A fantástica abertura propiciada pela nossa homenageada não foi correspondida pelos seus principais usuários, lamentavelmente. O gigantesco arcabouço jurídico laboral específico e inespecífico existente além de nossas fronteiras é ainda muito desperdiçado. Nossa doutrina, timidamente, começa a olhar para o direito comparado e dele começa a extrair importantes substratos para regular as questões acima apontadas, entre tantas outras. Parece que nossa doutrina sempre escolheu o tormentoso e arriscado caminho de edificar doutrinas, as quais já eram existentes com extrema robustez em outros países, tanto no seu direito interno como no direito internacional do trabalho e no próprio direito internacional. Homero Batista Mateus da Silva deixa clara tal constatação, ao afirmar que resta ao direito do trabalho “saber usar o rico acervo disponível, ao que não se mostrou à altura a jurisprudência, aparentemente, passadas mais de sete décadas desde a promulgação da CLT”<sup>43</sup>. É necessária a quebra desta triste realidade para abrimos os olhos com humildade além de nossas fronteiras, as quais não precisam ser necessariamente tão distantes ou voltadas a países centrais. Devemos procurar uma maior integração com nossos vizinhos de continente, o que já seria extremamente salutar.

Quando a nossa *velha senhora* nos autoriza a utilizar indistintamente o direito comparado, outros países vizinhos, que muitas vezes não dispõem de

---

43 *Id. Ibid.*, p. 218.

tal autorização expressa, utilizam direito internacional sequer ratificado pelo respectivo governo como fonte válida. Fica aqui o exemplo do Peru, no célebre caso do *Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Peru SA y Federación de Trabajadores de Telefónica del Peru c/ Telefónica del Peru y Telefónica Peru Holding SA*<sup>44</sup>. A decisão do Tribunal Constitucional daquele país sustentou a anulação da dispensa em disposições constitucionais e nas Convenções ns. 87 e 158 da OIT, apesar de o Peru não ter ratificado a última norma, para ordenar a reintegração de trabalhadores dispensados. A condenação também foi baseada no artigo 7 do “Protocolo de San Salvador”, afirmando que a interpretação constitucional deve ser voltada sempre para o alcance de melhores níveis de proteção.

Nesse particular, cabe registrar o corpo de normas e as decisões proferidas pela Organização Internacional do Trabalho, com maior destaque para aquelas voltadas ao direito coletivo do trabalho, tratando de matérias não reguladas em nosso direito. Igualmente não é possível deixar de mencionar a utilidade da aplicação de direitos reconhecidos em diversos documentos internacionais, de cunho geral ou específico, que vêm reconhecer direitos ainda não regulados em nosso país e que integram uma *consciência jurídica universal*. A mencionada definição de Antônio Cançado Trindade é voltada para um novo paradigma que abandona o conceito estatocêntrico e situa o ser humano como o centro da atenção de uma ordem jurídica internacional a qual se volta para o valor da solidariedade como corpo de direitos pertencentes à humanidade<sup>45</sup>.

Ainda no extenso rol do art. 8º, é imperioso mencionar como elemento integrativo o uso do direito comum *naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais* do direito do trabalho. Diversos princípios e normas do direito comum passaram a integrar o espectro da jurisprudência e da doutrina laboral, especialmente com a entrada em vigor do atual Código Civil (Lei nº 10.406/92). Ele trouxe diversos elementos jurídicos de suma importância para aplicação nas relações do trabalho, muitas vezes convergindo com o caráter protetor do direito laboral. Em especial, questões, como a desconsideração da personalidade jurídica, o abuso de direito, a restituição integral do dano, a boa-fé objetiva, a função social do contrato com seu equilíbrio financeiro-econômico e a existência de responsabilidade objetiva por danos causados em face do risco da atividade são institutos jurídicos albergados pela atual lei civil. São noções que possuem um profundo impacto nas relações laborais atuais.

44 PERU. Tribunal Constitucional. Exp. nº 1124/2001-AA/TC, de 11 de julho de 2002. Disponível em <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

45 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 91.

E não somente o direito civil, mas diversos ramos do direito adicionam componentes protetivos a uma determinada classe de cidadãos, os quais podem ser aplicados tanto no direito material como no direito processual. Entre eles, não é possível deixar de mencionar o direito do consumidor e a impactante aplicação dos ditames da Lei nº 8.078/90 nos processos laborais, além do direito ambiental, o direito à saúde e de vários outros ramos do direito. Insta, ainda, destacar a importância dos estatutos voltados para a defesa de grupos sociais, como os idosos, as crianças e os adolescentes, os deficientes e as minorias raciais. Introduzidos por legislações mais modernas, com inegável caráter protetivo a partes hipossuficientes nas relações por elas regidas, tais direitos reverberam decisivamente nas relações do trabalho, uma vez que possuem a essência protetiva e objetivos comuns ou convergentes.

Por fim, ainda que não expressamente previsto no art. 8º consolidado, mas de profunda repercussão na aplicação de suas disposições por ser uma norma fundamental, a Constituição Federal de 1988 é um elemento integrativo-interpretativo de extrema importância. A nossa homenageada e a atual Carta Política parecem ser grandes companheiras. Paulo Bonavides destaca que a igualdade é o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica<sup>46</sup>. Segundo o referido constitucionalista, a igualdade compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado Democrático contemporâneo e assume importância singular dentro do direito constitucional, qualificando-o como o direito-chave e o direito guardião do Estado social<sup>47</sup>. No mesmo sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro assinala que a Constituição de 1988 tem a igualdade como princípio fundamental com a magnitude de valor protagonista no cenário jurídico constitucional a todos os demais direitos e garantias individuais e coletivas que integram a extensa relação de direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Os direitos laborais são enumerados na nossa Carta Política mediante uma norma introdutória constante no *caput* do art. 7º como direitos que visem à melhoria de sua condição social para atingir o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana e realizam o princípio central da dignidade da pessoa humana que também os compreende. Por tal motivo, Robert Alexy

46 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 376.

47 *Id. Ibid.*

48 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 360.

assevera que os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa Carta Política assumem clara identidade de direitos fundamentais<sup>49</sup>.

Como possuem a mesma base axiológica em que a igualdade real é seu objetivo, CLT e Constituição devem estar juntas, de forma harmonizada e voltada a um objetivo de regulação das relações do trabalho com respeito e, principalmente, proteção da dignidade da pessoa humana, em um ambiente econômico caracterizado pela livre-iniciativa. A conjugação dos dispositivos constantes nos arts. 1º, III, IV e V, 3º, III e IV, 7º, *caput*, e 170, *caput*, não deixa qualquer dúvida sobre tal propósito, inserindo o texto constitucional como elemento integrativo não expresso no art. 8º, mas essencial.

## CONCLUSÕES

Após uma rápida visita aos diversos institutos integrativos do art. 8º, é possível observar a sua amplitude e a sua importância no direito laboral brasileiro. A referida norma nasceu moderna, até mesmo impactante para sua época, pois ao mesmo tempo desconsiderava a completude do ordenamento jurídico, propiciando instrumentos para sua revitalização e também consagrava a pluralidade jurídica. Mais que isso, constituiu uma importante abertura para as autoridades administrativas e para Justiça do Trabalho regular situações em um universo muitas vezes mais amplo que sua própria abrangência.

A escolha do legislador por um corpo tão amplo de mecanismos integrativos permitiu que o texto consolidado caminhasse lado a lado com as evoluções da atividade produtiva e do direito, verdadeiramente de “mãos dadas” com diversos institutos jurídicos que foram surgindo ao longo de sua existência e alinhados com o propósito de uma norma laboral: a proteção do trabalho humano que respeite a sua essência humana harmonizando-a com a livre-iniciativa. Essa amplitude e os seus resultados na atualidade, ainda que não explorada em sua totalidade, são o resultado profético da luta dos juristas franceses insurgentes contra a completude do direito reinante no século XIX. Tal qual foi previsto, a adoção de mecanismos de reconhecimento de outras fontes jurídicas renova o direito a cada instante, verdadeiramente oxigenando-o.

A importância do art. 8º consolidado não reside somente em uma norma que mantém o texto legal apto a atuar em uma realidade cada vez mais complexa, como uma norma inovadora para seu tempo. Ela assimilou elementos de uma

---

49 ALEX, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal no dia 7 de setembro de 1998. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 72, jul./set. 1999.

doutrina ainda incipiente para sua época e se tornou o exemplo de uma norma integradora em todo o nosso ordenamento até os dias atuais, apesar das críticas que sofreu. O preceito do art. 8º parece fazer renovar, a cada instante, a leitura das demais normas do ordenamento laboral nacional como um todo, permitindo aos profissionais da área jurídica novas interpretações de modo sucessivo. Além de admitir diversos elementos jurídicos não contidos, permite que seus próprios dizeres passem por renovadas leituras que traduzem em um sentido cada vez mais atualizado de suas normas, produzindo novas consequências diversas das que antes produziram, nos dizeres de Recaséns Siches<sup>50</sup>.

Não é demais pontuar que nos 70 anos de vigência da Consolidação das Leis do Trabalho as relações de trabalho mudaram radicalmente em todo o mundo. Também o texto consolidado foi profundamente alterado por centenas de novas normas que modificaram profundamente seu conteúdo. Não cabe analisar, aqui, os acertos ou desacertos das alterações ocorridas, mas, sim, ressaltar que a sobrevivência da parte essencial do texto consolidado é em grande parte auxiliada por uma norma integrativa que permitiu oxigená-la durante as sete décadas ora comemoradas. A abertura do art. 8º foi um ponto destacado na resistência contra a eliminação da nossa homenageada, clamada por diversos setores da sociedade. Essa porta permite que o texto consolidado respire ares renovados a cada instante, fundamentais para a sobrevivência de uma norma e de quem dela depende.

---

50 RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 133.

# MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E PODER PÚBLICO: CRÍTICA À PORTARIA Nº 66, DE 22 DE JULHO DE 2013, DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO TRABALHO E EMPREGO NO ESTADO DE RONDÔNIA (SRTE-RO)

Guilherme Guimarães Feliciano\*

Ney Maranhão\*\*

Flávio Leme Gonçalves\*\*\*

**P**receitua o art. 225 de nossa Constituição Federal, em seu *caput*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Frisa, ademais, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (§ 3º). Como se percebe, a luta por um meio ambiente equilibrado detém indiscutível nótula *jusfundamental* (porque está ligada à garantia de vida digna), constitui interesse *difuso* (porque interessa a cada um e a todos) e se estriba em vetor de forte caráter *publicista* (cuidando-se de um inescusável dever que enlaça, em tônica cooperativa, qualquer pessoa [física ou jurídica] e qualquer poder [privado ou público]).

---

\* Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (SP); doutor em Direito Penal e livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo; ex-presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV, gestão 2011-2013); diretor de prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra, gestão 2013-2015).

\*\* Juiz do trabalho substituto (TRT da 8ª Região – PA/AP); doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma – La Sapienza (Itália); professor universitário (graduação e pós-graduação); membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho, do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

\*\*\* Advogado; pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; especialista em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor universitário.

Cumpra destacar que a noção de *meio ambiente* decerto compreende a de *meio ambiente do trabalho*, reconhecimento este que, longe de mera elucubração acadêmica, em verdade, representa indiscutível declaração do próprio Poder Constituinte Originário (art. 200, inciso VIII). Não sem-razão, a mesma Constituição Federal também garante aos trabalhadores o *direito fundamental* à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inciso XXII), mesmo porque o valor social do trabalho também constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV), a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193) e a ordem econômica, de sua parte, está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), tudo a revelar a magnífica importância que o mundo do trabalho logrou auferir no bojo da Carta Constitucional pátria.

No plano infraconstitucional, há muito está sedimentada essa relevante preocupação com a qualidade do meio ambiente do trabalho, em face do qual o poder público, em sua esfera administrativa, sempre teve papel verdadeiramente fundamental. Recorde-se, a propósito, o que está disposto no art. 161 da Consolidação das Leis do Trabalho, como segue: “O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho” (com a redação da Lei nº 6.514/77).

Muito embora a CLT, em seu texto, atribua tais poderes ao “Delegado Regional do Trabalho” – correspondente ao atual “Superintendente Regional do Trabalho e Emprego” –, a busca por maior concretude prática dessa disposição implicou natural delegação dessas funções aos Auditores Fiscais do Trabalho, especialmente diante da grandeza dos direitos fundamentais em jogo: a própria vida e integridade física e psicológica dos trabalhadores. Trata-se de deliberação administrativa plenamente sedimentada no Brasil, sendo que, de acordo com a Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – Sinait, apenas o Estado do Rio de Janeiro ainda não havia praticado (Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/?r=site/noticiaView&id=7823>>. Acesso em: 30 jul. 2013).

Muito justo. Afinal, são precisamente os Auditores Fiscais do Trabalho os profissionais que estão em contato diário com as mais variadas situações de grave e iminente risco à vida e à integridade dos trabalhadores, detentores que são, ainda, do necessário preparo técnico para avaliar a necessidade de interditar ou embargar. Cuida-se, portanto, de medida descentralizadora perfeitamente

afinada com o princípio constitucional da *eficiência* (CF, art. 37, *caput*) – reitor da seara pública –, com a tutela e promoção da *dignidade humana* – epicentro axiológico de nossa Carta Magna (art. 1º, III) – e, em específico, com o já mencionado direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente de trabalho hígido, seguro e sadio (art. 7º, inciso XXII).

Mesmo diante de tão magnífica rede de proteção do meio ambiente do trabalho, a Superintendente Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia (SRTE-RO) se viu autorizada a suspender a competência dos Auditores Fiscais do Trabalho para interditar máquinas e embargar obras quando constatada situação de grave e iminente risco para a saúde ou segurança do trabalhador, concentrando unicamente em sua pessoa essa competência. A fatídica resolução foi publicada no Diário Oficial da União – DOU do dia 23 de julho de 2013, por meio da Portaria nº 66, de 22 de julho de 2013.

A abrupta medida causa profundo desconforto e intensa reclamação por parte dos mais diversos setores, em especial aqueles preocupados com a temática da saúde e segurança no trabalho, inclusive sendo objeto de Nota Pública emitida pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) (Disponível em: <[http://www.anpt.org.br/index1.jsp?pk\\_assoc\\_informe\\_site=18587&exibe\\_mais=n](http://www.anpt.org.br/index1.jsp?pk_assoc_informe_site=18587&exibe_mais=n)>. Acesso em: 30 jul. 2013).

E a grita tem fundo de razão. O Brasil é dono de uma vergonhosa estatística de acidentes de trabalho, figurando entre os primeiros no *ranking* mundial. O número total de acidentes laborais registrados no Brasil aumentou de 709.474 casos, em 2010, para 711.164, em 2011. O número de óbitos também registrou aumento: de 2.753 mortes, registradas em 2010, o número subiu para 2.884, em 2011. Quanto ao Estado de Rondônia, passou de 5.101 acidentes de trabalho, em 2009, para 5.280, em 2010 (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/dados-nacionais>>. Acesso em: 30 jul. 2013).

É preciso que se ressalte, desde logo, que a Superintendente Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Rondônia (RO), em uma só canetada e sem qualquer justificativa plausível: i) alterou disposição administrativa legitimamente sedimentada em praticamente todo o Brasil, consistente em atribuir aos Auditores Fiscais do Trabalho o poder de interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, em caso de constatação de grave e iminente risco ao trabalhador; ii) desprezou todo um fluxo de crescente preocupação com a temática da saúde e segurança do trabalhador, enquanto questão de interesse público *primário*, expressada seja em convenções internacionais (tal qual a Convenção nº 155 da OIT – Decreto nº 1.254, de 29.09.94), seja em recentes disposições normativas internas (a

exemplo da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho – PNSST, promulgada pelo Decreto nº 7.602, de 07.11.2011) seja em valiosos programas institucionais (como o Programa “Trabalho Seguro” do Tribunal Superior do Trabalho); iii) ofendeu de morte o pacto republicano de solidariedade em prol da proteção do meio ambiente (nele incluído o do trabalho), firmado em sede constitucional (art. 225, *caput*); e iv) implicou vergonhoso quadro de *retrocesso socioambiental*, atritando com a cláusula de fomento à crescente melhoria da condição social dos trabalhadores (CF, art. 7º, *caput*).

Sem embargo dos concretos fatores que porventura tenham motivado tal ato infralegal, cumpre-nos consignar ser inarredável dever funcional dos agentes públicos a precípua observância da Constituição Federal e dos princípios nela insculpidos, sobretudo o inalienável direito à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado (aqui, reiteramos, incluído o meio ambiente laboral). Nenhum agente público pode se furtar do seu intrínseco dever de assegurar a integridade da vida humana, razão última que legitima a existência do próprio Estado e de toda a aparelhagem administrativa que o compõe.

Rememore-se que, na seara penal, não se pestanejou em permitir a legítima defesa, inclusive de terceiro. Eis o que preceitua o art. 25 do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (grifamos). Ora, *mutatis mutandis*, é o caso do Auditor Fiscal do Trabalho em diligência: uma vez identificado o risco de dano à vida e/ou à saúde dos trabalhadores, cumpre-lhe o poder-dever de lançar mão dos meios necessários para afastar tal perigo. Como é de fácil inferência, a proteção da vida humana é mais que um encargo administrativo, é um dever humanitário.

Enfim, o fato é que uma simples portaria não pode ter o condão de inverter a lógica das coisas, sobrepondo-se à Constituição Federal e ao que administrativamente já estava legítima e corretamente sedimentado. Sem qualquer argumento, lançou-se uma preocupante névoa de vulnerabilidade perante toda uma gama de pessoas que, como qualquer ser humano, desfruta do direito à proteção de sua integridade física e mental – diante do qual, como já vimos, em alguma medida todos nós somos responsáveis (CF, art. 225, *caput*). O bem jurídico tutelado, qual seja a *vida humana*, demanda ampla proteção e respeito, inclusive do poder público, sobretudo de cunho preventivo. Mas o que se vê, agora, é o advir de um surreal ato administrativo que, em essência, obriga Auditores Fiscais do Trabalho a se absterem de proteger o trabalhador que se encontra em risco de morte ou acidente iminente... Ou seja, mais que uma singela redução administrativa de atribuições, estamos diante de uma es-

cancarada afronta a claríssimas disposições constitucionais e aos mais lídimos balizamentos da sensibilidade humana.

Nada justifica um tal estado de coisas. À vista disso e de muito mais, o mínimo que podemos esperar é o respeito à Constituição Federal, à classe trabalhadora e à vida humana, rogando bom-senso por parte das autoridades competentes, de sorte a não se resignar com os termos da malsinada Portaria nº 66, de 22 de julho de 2013, impugnando-a, o quanto antes, no foro apropriado – que pensamos ser a Justiça do Trabalho, já que o ato público questionado versa sobre matéria de sua competência (CF, art. 114, IV, e Súmula nº 736 do STF).

Quem vê o mal e se omite, abona-o. Logo, vigiemos com afincos pela paz de nossas consciências.

# KAROSHI: A MORTE SÚBITA PELO EXCESSO DE TRABALHO

Gustavo Carvalho Chehab\*

## INTRODUÇÃO

Historicamente, na cultura judaico-cristã, difundiu-se a noção de que o pecado original levou o homem a depender, para sua subsistência, do fruto de seu trabalho: “comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado; porque és pó, e em pó te hás de tornar” (Gênesis 3, 19)<sup>1</sup>. Não é a toa que a palavra “trabalho” tem origem no vocábulo latino *tripaliare*, cujo sentido é de martirizar com o *tripalium*, um antigo instrumento composto de três paus utilizado em torturas<sup>2</sup>. Trabalho exige sacrifício, energia, força, desgaste, tempo, saúde e, por isso, desde sua origem traz uma conotação de castigo, sofrimento e dor<sup>3</sup>.

Com a Revolução Industrial e as lutas e conquistas sociais que permitiram o surgimento do direito do trabalho, difundiu-se, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, a consciência da dignidade do trabalho humano<sup>4</sup>. O trabalho passou a ser visto como um bem econômico, juridicamente protegido, fator de civilização e progresso<sup>5</sup>. Princípio da Ordem Social e da Econômica, seu valor social tornou-se fundamento da República Federativa do Brasil (arts. 1º, IV, 170 e 193 da Constituição Federal).

A morte em razão do trabalho fulmina todas essas conquistas. Aniquila até mesmo a velha concepção que o associa à subsistência. O sacrifício, a

---

\* Juiz do trabalho substituto no TRT da 10ª Região; mestrando em Direito Constitucional pelo IDP; especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo UniCeub.

1 Bíblia sagrada. 118. ed. São Paulo: Ave Maria, 1998. p. 51.

2 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 49.

3 KAPITANSKY, Rene Chabar. Assédio moral no ambiente de trabalho: repercussões ao trabalhador, à empresa e à sociedade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, a. 11, 2011, p. 321-322.

4 LEÃO XIII, PP. *Carta encíclica “rerum novarum”*. Roma, 15 maio 1891, n. 13. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em: 1º maio 2013.

5 GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 5, 2010, p. 99.

energia e a força dispendidas não podem ser tão árduos e intensos que levem à morte do trabalhador.

Refletir sobre o óbito súbito pelo excesso de trabalho e alguns de seus aspectos jurídicos é essencial para identificar, prevenir e combater as causas que, silenciosamente, ceifam vidas e destroem famílias de trabalhadores.

## KAROSHI: CONCEITO E ORIGEM

O termo japonês 過労死, ou *karoshi* (também conhecido no meio rural brasileiro como “birôla”), é usado para definir a morte súbita por excesso de trabalho<sup>6</sup>. Na tradução literal, *karo* significa excesso de trabalho e *shi* significa morte. Para Tetsunojo Uehata<sup>7</sup>, que batizou o fenômeno, há uma:

“Condition in which psychologically unsound work processes are allowed to continue in a way that disrupts the worker’s normal life rhythms, leading to a buildup of fatigue in the body and accompanied by a worsening of preexistent high blood pressure and a hardening of the arteries, finally resulting in a fatal breakdown.”<sup>8</sup>

O óbito, segundo Atsuko Kanai<sup>9</sup>, ocorre quando “the living rhythm of a human being is collapsed due to excessive fatigue and the life maintenance function is ruined”<sup>10</sup>. Problemas de saúde anteriores, como doenças isquêmicas do coração e hipertensão arterial, podem ser potencializados com a sobrecarga de trabalho a ponto de causar a morte súbita. Diversos autores, porém, não encontraram anormalidades prévias ao *karoshi*<sup>11</sup>.

O conceito de “morte súbita” exclui causas violentas como homicídio, suicídio, envenenamento, traumas, acidentes, etc. Trata-se de um óbito não esperado e não traumático e que, para muitos patologistas, acontece de forma

6 FRANCO, Tânia. *Karoshi: o trabalho entre a vida e a morte*. Caderno CRH, Salvador, n. 37, jul./dez. 2002, p. 141.

7 UEHATA, Tetsunojo *apud* HERBIG, Paul A.; PALUMBO, Frederick A. “Karoshi”: salaryman sudden death syndrome. *Journal of Managerial Psychology*, MCB University Press, v. 9, n. 7, 1994, p. 11.

8 Tradução livre: condição em que processos de trabalho psicologicamente doentios podem conduzir a um caminho que interrompe o ritmo de vida normal do trabalhador, levando a um acúmulo de fadiga no corpo, acompanhada de uma piora de hipertensão preexistente e de um endurecimento das artérias, resultando finalmente em um colapso fatal.

9 KANAI, Atsuko. *Karoshi (work to death) in Japan*. *Journal of business ethics*, Springer, v. 84, n. 2, supplement, jan. 2009, p. 209. Disponível em: <[http://sttjmance.org/documents/recherche\\_scientifique/Karoshi\\_2008.pdf](http://sttjmance.org/documents/recherche_scientifique/Karoshi_2008.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

10 Tradução livre: o ritmo de vida de um ser humano está em colapso devido à fadiga excessiva e a função de manutenção da vida está arruinada.

11 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 152.

“instantânea ou dentro das 24 horas após o início dos sinais e sintomas”<sup>12</sup>. Há notícias de trabalhadores que passaram mal no trabalho, foram hospitalizados e, depois de alguns poucos dias, sucumbiram. Esse tratamento médico especializado que posterga, por pouco tempo, a morte, prolongando a sobrevivência, não descaracteriza o *karoshi* nem afasta a surpresa e o rápido colapso de funções essenciais para a manutenção da vida humana inerentes ao fenômeno.

O primeiro relato de *karoshi* foi em 1969, com a morte súbita de um trabalhador de 29 anos de uma grande empresa de jornal do Japão por acidente vascular cerebral<sup>13</sup>. Na década de 1980, o Japão admitiu a existência de óbitos em razão da sobrecarga de trabalho, mas repele o uso da palavra *karoshi*<sup>14</sup>. Não há estatísticas precisas sobre os casos de *karoshi*. O Ministério do Trabalho, Saúde e Bem-Estar japonês reconhece, para fins de pagamento de indenização, de 20 a 60 mortes por ano<sup>15</sup>. Kawahito<sup>16</sup> estima em mais de 10.000 trabalhadores falecidos anualmente e já houve ano em que foram apresentadas formalmente 700 denúncias<sup>17</sup>.

As principais causas médicas de morte frequentemente associadas ao *karoshi* são ataques cardíacos (18,4%), acidentes vasculares cerebrais (17,2%), trombose ou infarto cerebral (6,8%), infarto agudo do miocárdio (9,8%), insuficiência cardíaca (18,7%) e outras causas (29,1%)<sup>18</sup>. Daí a dificuldade em, apenas pela *causa mortis*, estabelecer o nexo entre trabalho e falecimento.

## ITINERÁRIO FATAL: ESTRESSE, FADIGA, EXAUSTÃO E MORTE

O estresse (Síndrome de Adaptação Geral ou Síndrome de Estresse Biológico) é “uma reação defensiva fisiológica do organismo, que surge como

12 REIS, Luciana Martins dos; CORDEIRO, José Antonio; CURY, Patrícia Maluf. Análise da prevalência de morte súbita e os fatores de riscos associados: estudo em 2.056 pacientes submetidos a necropsia. *Jornal Brasileiro de Patologia e Medicina Laboratorial*, Rio de Janeiro, SBPC/ML, v. 42, n. 4, jul./ago. 2006, p. 299.

13 NISHIYAMA, Katsuo; JOHNSON, Jeffrey V. Karoshi – Death from overwork: occupational health consequences of the Japanese production management. *Sixth Draft for International Journal of Health Services*, 4 de fev. 1997. Disponível em: <<http://www.workhealth.org/whatsnew/lpkarosh.html>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

14 HERBIG, Paul A.; PALUMBO, Frederick A. *Op. citato*, p. 13.

15 NISHIYAMA, Katsuo; JOHNSON, Jeffrey V. *Op. citato*, acesso em: 21 fev. 2013.

16 KAWAHITO *apud* KANAI, Atsuko. *Op. citato*, p. 210.

17 HERBIG, Paul A.; PALUMBO, Frederick A. *Op. citato*, p. 13.

18 NISHIYAMA, Katsuo; JOHNSON, Jeffrey V. *Op. citato*, acesso em: 20 fev. 2013.

resposta a qualquer estímulo aversivo”<sup>19</sup>. Para a Organização Internacional do Trabalho<sup>20</sup>, o estresse é um dos piores problemas de saúde do século XXI.

Segundo Hans Selye<sup>21</sup>, pioneiro no assunto, o estresse possui três estágios: a) fase de alerta (ou alarme), na qual o corpo libera adrenalina e corticoides diante de um perigo externo (manifestações agudas); b) fase de resistência, na qual o organismo utiliza suas forças para manter uma resposta (sensação de desgaste) e os sinais de alerta desaparecem virtualmente<sup>22</sup>; e c) fase de exaustão, na qual não há mais resposta, os sinais de alarme reaparecem e são irreversíveis e a pessoa pode vir a óbito em casos extremos.

A fadiga é uma sensação de cansaço. Chen-Yin Tung, Mei-Yen Chen e Shu-Ping Ting<sup>23</sup> afirmam que muitos estudos indicam que a fadiga é resultado de exposição ao estresse no trabalho durante um longo tempo e que ela é a principal variável de muitos problemas de saúde originados a partir desse estresse, tais como alterações na pressão arterial, doenças cardiovasculares, depressão e lesão ocupacional. Ela também pode ocasionar absenteísmo<sup>24</sup>, síndrome de *burnout*<sup>25</sup>, incapacidade permanente<sup>26</sup> e, em casos extremos, morte do trabalhador, por suicídio ou por *karoshi*.

Tânia Franco<sup>27</sup>, com base nos estudos de Tetsunojo Uehata, apresenta as principais causas da fadiga que estão presentes, em todo ou em parte, no *karoshi*, segundo sua origem e que ousou aprimorar:

- 
- 19 STACCIARINI, Jeanne-Marie R.; TRÓCCOLI, Bartholomeu T. Estresse ocupacional. In: MENDES, Ana Magnólia; BORGES, Livia de Oliveira; FERREIRA, Mário César (Org.). *Trabalho em transição, saúde em risco*. Brasília: UnB, 2002. p. 188.
  - 20 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Word Labour Report 1993*. Genebra: OIT, 2003. p. 65.
  - 21 SELYE, Hans *apud* ROCHA, Euda Kaliani Gomes Teixeira. *Desigualdade também no adoecimento: mulheres como alvo preferencial das síndromes do trabalho*. XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Caxambu/MG, out. 2008, p. 3. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008\\_1215.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1215.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.
  - 22 STACCIARINI, Jeanne-Marie R.; TRÓCCOLI, Bartholomeu T. *Op. citato*, p. 188.
  - 23 CHEN-YIN TUNG; MEI-YEN CHEN; SHU-PING TING. Cognition and correlations of *karoshi* among different categories of civil servants in Taiwan. *Journal of Occupational Safety and Health*, New Taipei, IOSH, v. 18, seção 4, dez. 2010, p. 417.
  - 24 Absenteísmo é o conjunto dos períodos de ausências ao trabalho (faltas e/ou atrasos) por gozo de direitos (como doenças) e por fatores sociais (como doença de parentes), culturais (como emendas de feriados) ou psicológicos (como insatisfação com o trabalho).
  - 25 Síndrome de *burnout* (ou do trabalho queimado) é o distúrbio psíquico decorrente de esgotamento pelo excesso de trabalho, caracterizado pela exaustão emocional, despersonalização e baixa realização profissional.
  - 26 A incapacidade permanente pode decorrer de mal súbito, como em alguns casos de acidente vascular cerebral, que, embora não leve à morte, é suficiente para causar lesão permanente e incapacitante para o trabalho.
  - 27 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 151-152.

Tabela 1: causas da fadiga que podem conduzir ao *karoshi*

| <i>Ambiente</i>                             | <i>Causas da fadiga</i>                                         | <i>Observação</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Externo</i><br>(organização do trabalho) | Trabalho físico pesado                                          | Exige grande esforço físico.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|                                             | Trabalho contínuo intenso                                       | Jornadas de trabalho longas; excessivas horas extras de trabalho; supressão de folgas (como intervalos, repousos, férias); trabalho até altas horas da noite; cumprimento de metas de produção e outros fatores que quebram o ritmo biológico (como turnos de revezamento).                                                                                                                                                                                           |
|                                             | Conteúdos e/ou formas de organização do trabalho estressantes   | Grandes responsabilidades no trabalho; transferências solitárias; atribuições indesejadas; rigidez imposta na forma de realização das tarefas.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|                                             | Elementos que tendem a acompanhar cargas excessivas de trabalho | Ruptura do ritmo de sono; redução do tempo para recuperação da fadiga e para lazer e descanso; excessivo consumo de álcool e fumo; alteração de hábitos alimentares; negligência no tratamento médico; rupturas e crises familiares; exposições a agentes insalubres ou que aumentem o desgaste físico; meio ambiente de trabalho tenso e conflituoso; rotatividade de pessoal, trajetos até o trabalho longos, desgastantes ou ruins; precarização do trabalho; etc. |
| <i>Interno</i><br>(alterações fisiológicas) | Reações bioquímicas                                             | O estresse prolongado provoca estímulos nos sistemas endócrino e nervoso central, ocasionando alterações na pressão arterial e nos componentes do sangue ao ponto de gerar súbito início de ameaça à vida por distúrbio vascular no cérebro ou no coração (derrames, infartos e falências).                                                                                                                                                                           |

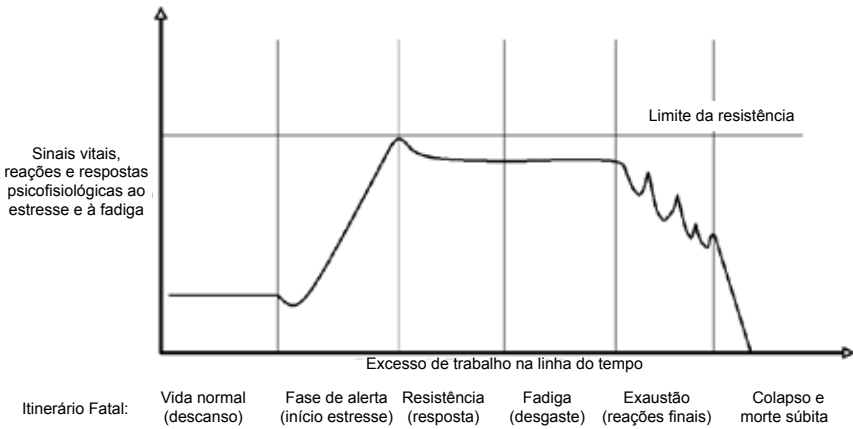
A fadiga, em seu estado crônico, é fruto das excessivas e longas horas de trabalho que, entre outros motivos, drenam toda a energia do corpo e da mente<sup>28</sup>, levando à exaustão que pode conduzir subitamente ao colapso da vida humana. É o último capítulo desse itinerário fatal.

Com base nas características, reações e respostas de cada uma das fases acima elencadas, é possível representar graficamente esse itinerário fatal, conforme modelo que proponho a seguir:

---

28 KILLINGER, Barbara. The workaholic breakdown syndrome. In: BURKE, Ronald J. *Research companion to working time and work addiction*. Northampton/MA: Edward Elgar, 2006. p. 77.

Gráfico 1: modelo gráfico proposto para o itinerário fatal do *karoshi* – sinais vitais, respostas e reações psicofisiológicas ao estresse e à fadiga pelo excesso de trabalho ao longo do tempo (fora de escala)



## KAROSHI, ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E OS DIVERSOS MODOS DE PRODUÇÃO

Katsuo Nishiyama e Jeffrey Johnson<sup>29</sup> apontam como a razão desses óbitos a estrutura do modelo japonês de produção e gestão. Ricardo Antunes, analisando esse modelo toyotista<sup>30</sup>, conclui que o *karoshi* é provocado pelo ritmo e intensidade, que decorrem da busca incessante do aumento da produtividade<sup>31</sup>.

No Japão, contribuem para a sobrecarga de trabalho o *service overtime*, no qual o empregado “doa” o trabalho extra para empresa<sup>32</sup> (realizando um “trabalho voluntário”<sup>33</sup>), e o *furoshiki overtime*, no qual ele leva serviço para sua casa<sup>34</sup> (sem computar essas horas). *Mutatis mutandis*, esses institutos são parecidos quanto às suas consequências nefastas à saúde do trabalhador, com as exceções dos incisos I e II do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho

29 NISHIYAMA, Katsuo; JOHNSON, Jeffrey V. *Op. citato*, acesso em: 22 abr. 2013.

30 Toyotismo é um modo de produção (processo de trabalho) flexível que permite ajustar a manufatura de um bem ao mercado consumidor e possibilita a operação de várias máquinas por um mesmo operário, organizado em equipes, e tem como uma de suas principais características a horizontalização do processo produtivo em empresas subcontratadas.

31 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 36.

32 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 154.

33 CARREIRO, Líbia Martins. Morte por excesso de trabalho (*karoshi*). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007, p. 131.

34 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 154.

(CLT), que afastam a aplicação do regime da duração do trabalho aos gerentes, que recebem uma gratificação a mais por isso, e ao trabalhador externo não fiscalizado<sup>35</sup>.

Embora a origem e a descrição do *karoshi* estejam ligadas ao toyotismo, a sobrecarga pelo excesso de trabalho também está presente em outros modelos de produção. Trata-se de um problema antigo e conhecido, surgido no início da revolução industrial, que decorre de um sistema de produção doentio e selvagem que exaure até o fim as forças e as energias de trabalhadores.

Christophe Dejours<sup>36</sup> assinala que cada trabalhador, ao desempenhar uma tarefa, procura ajustá-la “numa ordem, numa sequência de gestos, escolhendo os instrumentos adequados” até encontrar, espontaneamente, um modo de trabalhar próprio e pessoal. Com isso, ele organiza o tempo em fases de trabalho e de descanso e protege o corpo contra sobrecarga, aspectos que constituem peças essenciais do seu equilíbrio psicossomático. Para Dejours<sup>37</sup>, a organização de trabalho rígida e imposta externamente pelas chefias, especialmente no sistema taylorista-fordista, pode, ao contrário, comprometer esse equilíbrio ao bloquear os esforços do trabalhador para adequar o trabalho a seu modo próprio e pessoal. Ao tratar da morbidade operária, ele<sup>38</sup> acredita que esse conflito entre o modo próprio de cada trabalhador e a organização de trabalho potencializa os efeitos patogênicos das más condições físicas, químicas e biológicas do trabalho.

Tânia Franco<sup>39</sup> critica a visão reducionista, que relaciona *karoshi* a uma suscetibilidade individual do trabalhador, e defende que suas causas dizem respeito a aspectos da organização de trabalho como os relacionados no ambiente externo acima citado. Tais fatores estão presentes nos mais variados modelos de produção, inclusive em sistemas pós-fordismo e pós-toyotismo<sup>40</sup>.

35 Como, por exemplo, no serviço prestado por professores, em casa, na preparação de aulas e na correção de provas.

36 DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. 14. reimp. São Paulo/Cortez; Oboré, 2012. p. 127-128.

37 O sistema taylorista-fordista é o modo de produção em massa verticalizado, no qual cada trabalhador realiza um conjunto específico de tarefas, em um determinado tempo, segundo sua função no processo produtivo.

38 *Id.*, p. 178.

39 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 148-150.

40 O pós-fordismo incorporou a flexibilização e a terceirização e o pós-toyotismo a extrema descentralização produtiva e a especialização flexível com uso das novas tecnologias de informação. Para alguns, essas adaptações não são modelos definidos de produção, mas estágios desformes de um processo de mudança que ainda está em andamento.

Para Maria Aparecida de Moraes Silva e outros<sup>41</sup>, as mortes por excesso de trabalho decorrem de uma conjuntura internacional de banalização da vida e da injustiça social, como a intensificação da exploração e a flexibilização das relações de trabalho. As transformações sociais recentes, o fluxo e a volatilidade do capital e a globalização econômica trouxeram novas formas precárias de trabalho, algumas remodeladas (ou “repaginadas”) de antigas práticas, mas que procuram potencializar os ganhos da empresa com a redução dos custos de produção.

Noemia Porto<sup>42</sup> destaca a tendência de uso do trabalho a domicílio, o pagamento por produção ou peça e a dispersão de trabalhadores. Todos esses, em suas diversas formas, acabam por estimular o trabalho cada vez mais intenso e com custos para o beneficiário do trabalho cada vez menores.

Infelizmente, o *karoshi* não é um fenômeno isolado, adstrito a um único país<sup>43</sup> ou a uma única forma de produção. É um mal inerente a toda e qualquer forma de organização de trabalho baseada na sobrecarga de trabalho além da capacidade física de alguém, isto é, de se exigir serviço superior às forças do trabalhador, conforme feliz dicção do art. 483, *a*, da CLT.

## CARACTERIZAÇÃO E COMPROVAÇÃO DO *KAROSHI*

A demonstração de que a morte do trabalhador decorreu de excesso de trabalho é difícil porque não há um critério fixo<sup>44</sup>. As causas médicas do óbito são comuns a outras enfermidades que não estão associadas ao labor. Os limites quantitativos de excesso de trabalho, do aspecto doentio dos processos de trabalho e dos fatores internos e externos que conduzem ao *karoshi* não são exatos, dependem da interação deles entre si, da intensidade e do tempo de exposição ao estresse e à fadiga e da capacidade fisiológica de resistência e adaptação de cada organismo à exaustão. Todavia, alguns elementos podem ajudar a estabelecer ou a afastar o nexo de causalidade entre o óbito e o trabalho.

Paul Herbig e Frederick Palumbo<sup>45</sup> traçaram um perfil típico das vítimas de *karoshi* no Japão:

“*Karoshi* victims typically work 3,000-3,500 hours a year, not untypically 14-hour days, seven-day weeks and then die at 39 or 40 years of

41 SILVA, Maria Aparecida de Moraes et al. Do *karoshi* no Japão à birôla no Brasil: as faces do trabalho no capitalismo mundializado. *Revista Nera*, Presidente Prudente/SP, a. 9, n. 8, jul./dez. 2006, p. 83.

42 PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTr, 2013. p. 106-107.

43 Há relatos e denúncias de *karoshi* em diversos países, especialmente da Ásia e das Américas, inclusive no Brasil.

44 CARREIRO, Líbia Martins. *Op. citato*, p. 138.

45 HERBIG, Paul A.; PALUMBO, Frederick A. *Op. citato*, p. 12.

age. *Karoshi* victims labour for weeks without adequate rest then collapse and die without warning. Some *karoshi* victims worked 80 straight days and more than 100 hours of overtime for months at a time.”<sup>46</sup>

O Governo japonês reconhece haver a morte por excesso de trabalho quando a vítima laborou continuamente nas 24 horas anteriores ao óbito ou se houve labor por 16 horas (dupla jornada) nos sete dias imediatamente anteriores à morte<sup>47</sup>. Já houve decisões judiciais naquele país que acolheram a causalidade do falecimento com o labor por outros parâmetros temporais e quantitativos.

Chen-Yin Tung, Mei-Yen Chen e Shu-Ping Ting<sup>48</sup> destacam que, na história clínica dos trabalhadores que sofreram *karoshi*, há relatos de fadiga, dor de cabeça, dor no peito, desconforto, sintomas de gripe e dor de garganta. A pesquisa dessas ocorrências é útil para a aferição do nexo causal.

Histórico anterior de síndrome de *burnout*, conjugado com a morte súbita por causas médicas associadas ao *karoshi* e precedida pelo excesso de trabalho crônico (por meses seguidos) ou agudo (nos últimos dias ou horas), conduz à presunção relativa da existência de causalidade entre o óbito e o labor. Aplica-se, nesse caso, o princípio supremo do ônus da prova descrito por Nicola Malatesta<sup>49</sup> de que “o ordinário se presume, o extraordinário prova-se”.

Frequentes afastamentos médicos ao serviço por cansaço, estresse, fadiga e mal-estar (por exemplo: CID 10: F43, R46.6, R53 e Z73.3), conjugados com a intensidade do trabalho, podem conduzir a essa mesma presunção ou, pelo menos, constituir fortes indícios de *karoshi*, dependendo do caso concreto. Entretanto, é possível que o ritmo e o envolvimento com o trabalho sejam tão intensos que o trabalhador não tenha procurado tratamento para os sinais do estresse nem tenha se afastado do serviço por um dia sequer.

Outro fator que pode ser útil na identificação do nexo causal entre o óbito súbito e o excesso de trabalho é a idade da vítima, pois o *karoshi* abrevia o tempo de vida.

---

46 Tradução livre: As vítimas de *karoshi* normalmente trabalham de 3.000 a 3.500 horas por ano, não menos que 14 horas por dia, sete dias semanais e então morrem aos 39 ou 40 anos de idade. Elas laboram por semanas sem descanso adequado, entram em colapso e morrem sem aviso. Algumas vítimas trabalharam 80 dias seguidos e mais de 100 horas extras por meses em algum período.

47 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 158.

48 CHEN-YIN TUNG; MEI-YEN CHEN; SHU-PING TING. *Op. citato*, p. 418.

49 MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1927. p. 132.

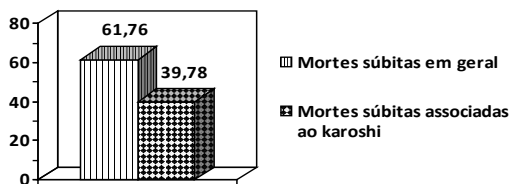
No estudo realizado por Luciana M. dos Reis, José Antônio Cordeiro e Patrícia M. Cury<sup>50</sup>, de 2.056 casos de mortes súbitas no interior de São Paulo de 1993 a 2002, verificou-se que a média de idade das vítimas era de 61,76 anos, sendo 65,62 para homens e 59,45 para mulheres. Relacionando idade e *causa mortis*, esses pesquisadores encontraram as seguintes médias etárias: 52,1 anos e 68,12 anos para acidentes vasculares cerebrais hemorrágico e isquêmico, respectivamente; 62,82 anos para infarto agudo do miocárdio; e 63,05 anos para insuficiência cardíaca crônica.

Segundo dados levantados por Tetsuro Kato<sup>51</sup>, entre 1988 a 1993, a maior parte das vítimas de casos reportados de *karoshi* no Japão tinha entre 40 e 59 anos (51,9%), sendo 26,9% na faixa de 40 a 49 anos e 26% de 50 a 59 anos. Além disso, 11,8% possuíam de 30 a 39 anos, 6,5% menos de 30 anos e apenas 5,7% mais de 60 anos, o restante não foi informada a idade.

Os casos de *karoshi* no interior de São Paulo, relatados pela Pastoral do Migrante de Guariba (SP)<sup>52</sup> entre 2004 e 2009, apresentam a seguinte distribuição etária de trabalhadores mortos: menos que 30 anos 13% dos casos; de 30 a 39 anos 43,5%; de 40 a 49 anos 17,4%; de 50 a 59 anos 26,1%; acima de 60 anos nenhum caso. A maior parte desses óbitos ocorreu na faixa de 30 a 49 anos (60,9%) e a média etária dos falecidos é de 39,78 anos.

A média etária das mortes súbitas em geral (por causas diversas) no interior de São Paulo é superior aos casos de *karoshi* no Japão, cuja expectativa de vida daquela população é bem maior do que a brasileira, e é extremamente mais elevada do que a média etária de casos relatados de *karoshi* também no interior de São Paulo. A diferença, nesse caso, para uma população com características semelhantes, é acima de 20 anos, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2: média etária de mortes súbitas no interior do Estado de São Paulo (em anos)



50 REIS, Luciana Martins dos; CORDEIRO, José Antonio; CURY, Patrícia Maluf. *Op. citato*, p. 300.

51 KATO, Tetsuro. The political economic of Japanese *karoshi* (death from overwork). *Hitotsubashi Journal of Social Studies*, Hitotsubahi University, v. 26, n. 2, dez. 1994, p. 45.

52 PASTORAL DO MIGRANTE DE GUARIBA/SP. *Histórico dos cortadores de cana mortos no setor canavieiro*. Guariba, 17 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.pastoraldomigrante.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102%3Ahistorico-dos-cortadores-de-cana-mortos-no-setor-canavieiro-&catid=25%3Adados&Itemid=54](http://www.pastoraldomigrante.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=102%3Ahistorico-dos-cortadores-de-cana-mortos-no-setor-canavieiro-&catid=25%3Adados&Itemid=54)>. Acesso em: 28 abr. 2013.

A idade, portanto, é indicativo da abreviação da vida humana pelo excesso de trabalho.

*Karoshi* não é morte *no* trabalho, mas *pelo* trabalho. É o trabalho que, de tão intenso, gera um colapso fisiológico fatal. Não importa onde o trabalhador faleceu, mas se o trabalho, pelo seu aspecto quantitativo, foi o motivo do óbito, por si só (causa única), ou pela associação com problema de saúde anterior (concausa).

O suicídio em razão do trabalho, que é uma reação, uma resposta psicológica do trabalhador ao sofrimento laboral vivido, não está incluído no conceito de morte súbita. Dentre diversos fatores, o suicídio por causa do trabalho pode estar relacionado ou associado com o excesso de trabalho. Nesse caso, ele é chamado de *karojisatsu* (suicídio por excesso de trabalho), que pode até receber tratamento jurídico semelhante ao *karoshi*, mas a origem do colapso fatal não é de ordem fisiológica, e sim por exaustão psicológica extrema. Normalmente o *karojisatsu* está associado à síndrome de *burnout* grave.

Também pode ajudar na caracterização do *karoshi* conhecer as profissões em que o excesso de trabalho fatal ocorreu mais comumente.

## PROFISSÕES MAIS VULNERÁVEIS AO *KAROSHI*

Com base em acompanhamento feito por um *site* japonês, Tetsuro Kato<sup>53</sup> compilou os dados dos casos de *karoshi* no Japão, entre os anos de 1988 a 1993, que receberam indenização (2.265 de 3.132 casos reportados), por profissão e por sexo, obtendo os seguintes dados:

Tabela 2: casos de *karoshi* indenizados no Japão entre 1988 a 1993, por ocupação:

| <i>Profissão</i>          | <i>Nº de mortes</i> | <i>Em %</i>   |
|---------------------------|---------------------|---------------|
| Operário de fábrica       | 572                 | 25,25         |
| Funcionário de escritório | 491                 | 21,68         |
| Gerente                   | 454                 | 20,05         |
| Motorista                 | 220                 | 9,71          |
| Operador técnico          | 179                 | 7,90          |
| Servidor público          | 160                 | 7,06          |
| Diretor                   | 96                  | 4,24          |
| Outros trabalhadores      | 93                  | 4,11          |
| <i>Total</i>              | <i>2.265</i>        | <i>100,00</i> |

53 KATO, Tetsuro. *Op. citato*, p. 45.

Tabela 3: casos de *karoshi* indenizados no Japão entre 1988 a 1993, por sexo:

| <i>Sexo</i>   | <i>Nº de mortes</i> | <i>Em %</i>   |
|---------------|---------------------|---------------|
| Masculino     | 2.136               | 94,31         |
| Feminino      | 102                 | 4,50          |
| Não informado | 27                  | 1,19          |
| <i>Total</i>  | <i>2.265</i>        | <i>100,00</i> |

Tetsuro Kato<sup>54</sup> destaca, ainda, que as três profissões que, no passado, tiveram mais ocorrências de *karoshi* no Japão foram motoristas, jornalistas e operadores de máquina e as que atualmente mais têm tido ocorrências são funcionários de bancos, trabalhadores da construção civil e imigrantes estrangeiros.

Profissionais de escritório, chamados de “colarinhos brancos”, também estão entre as maiores vítimas de *karoshi*<sup>55</sup> na atualidade, dentre eles destaca-se o *workaholic*. Esse profissional, comumente gerente ou detentor de encargo de gestão, é viciado em trabalho (elevado envolvimento), dedicando-lhe grande parte de seu tempo e de sua vida. Em razão disso, ele labora em excesso e tem mais estresse no trabalho e mais queixas de saúde<sup>56</sup>.

Casos de mortes súbitas estão ocorrendo nos esportes, especialmente os de alto desempenho<sup>57</sup>. Estudo realizado pelo Comitê Olímpico Internacional<sup>58</sup> identificou as características mais comuns de competidores com até 35 anos que morreram durante a atividade física: metade deles tinham doenças cardíacas herdadas dos pais; 10% desenvolveram-nas precocemente; 40% dos casos foram em esportistas com menos de 18 anos; os maiores números de óbitos foram no futebol (30%), basquete (25%) e corrida (15%).

Trabalhadores informais apresentaram os mesmos riscos de *karoshi* do que os regularizados<sup>59</sup>, pois a baixa remuneração deles estimula o trabalho por longas horas. Aqueles que têm vários empregos e/ou laboram em dupla jornada, ainda que em domicílio, estão mais expostos. Regimes de trabalho estendidos,

54 *Id.*, *ibidem*.

55 FRANCO, Tânia. *Op. citato*, p. 148. KANAI, Atsuko. *Op. citato*, p. 214-215.

56 KANAI, Atsuko. *Op. citato*, p. 213.

57 O GLOBO. *Morte súbita no esporte atinge mais quem compete no limite*. Rio de Janeiro, 5 de maio 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/saude/morte-subita-no-esporte-atinge-mais-quem-compete-no-limite-4819495>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

58 BILLE, Karin et al. Sudden cardiac death in athletes: the Lausanne Recommendations. *European Journal of Cardiovascular Prevention and Rehabilitation*, European Society of Cardiology, v. 13, n. 6, 2006, p. 859.

59 KANAI, Atsuko. *Op. citato*, p. 213.

como de 12h por 36h ou de 24h por 72h, especialmente quando intercalados por outra ocupação no período de descanso e/ou prestados em áreas estressantes (como saúde, vigilância e segurança), são potencialmente mais suscetíveis à exaustão física. As profissões estressantes, penosas ou que exijam intenso esforço físico ou enorme gasto calórico são, geralmente, mais sensíveis aos males decorrentes do excesso da carga de trabalho, pois abreviam as fases de estresse e aceleram os danos que culminam no colapso letal.

Como se trata de um problema do mundo do trabalho, o *karoshi* pode vitimar empresários; trabalhadores em geral, subordinados ou não; agentes e servidores públicos e militares na ativa; policiais; bombeiros e socorristas; religiosos; profissionais da saúde; operadores do direito e todos aqueles que excedem seus limites fisiológicos com o trabalho e não conseguem recuperar adequadamente suas energias.

## O KAROSHI NO BRASIL – DADOS ESTATÍSTICOS OFICIAIS

No Brasil, não há estatísticas oficiais sobre a quantidade de trabalhadores mortos por excesso de trabalho. O Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho de 2011<sup>60</sup> revela que houve 205 acidentes de trabalho com “mortes súbitas por causas desconhecidas” (R96), sendo 114 decorrentes de acidentes típicos e 91 no trajeto casa-trabalho-casa. O Anuário não cruza os números de falecidos em acidentes do trabalho com o motivo do óbito segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID). Porém, se houve 2.884 óbitos por acidentes de trabalho em 2011<sup>61</sup> e ocorreram 205 mortes súbitas nesse ano em acidentes, então essa causa foi responsável por 7,1% das fatalidades acidentárias, conforme tabela e gráfico que se seguem:

Tabela 4: acidentes de trabalho liquidados por óbito x mortes súbitas por causas desconhecidas em acidentes de trabalho no Brasil, em 2011:

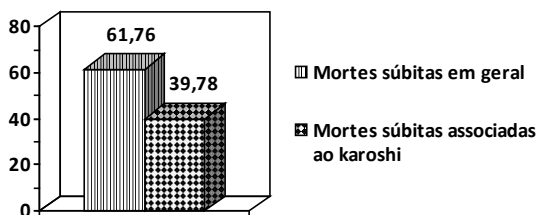
| <i>Motivo do óbito</i>                        | <i>Nº de óbitos</i> | <i>Em %</i>  |
|-----------------------------------------------|---------------------|--------------|
| Mortes súbitas por causas desconhecidas (R96) | 205                 | 7,1          |
| Outras causas de morte (não apresentadas)     | 2.679               | 92,9         |
| <i>Total</i>                                  | <i>2.884</i>        | <i>100,0</i> |

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho 2011

60 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego et al. *Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho 2011: AEAT 2011*. Brasília: MTE/MPS, 2012. p. 521.

61 *Id.* p. 277.

Gráfico 3: acidentes de trabalho liquidados por óbito x mortes súbitas por causas desconhecidas em acidentes de trabalho no Brasil, em 2011:



As mortes súbitas por causas desconhecidas em acidentes de trabalho em 2011 estão assim distribuídas pelo Brasil<sup>62</sup>:

Tabela 5: acidentes de trabalho em 2011 em que houve mortes súbitas por causas desconhecidas, por região do país:

| Região        | Mortes Súbitas | Em %  |
|---------------|----------------|-------|
| Norte         | 11             | 5,4   |
| Nordeste      | 38             | 18,5  |
| Centro-Oeste  | 32             | 15,6  |
| Sul e Sudeste | 124            | 60,5  |
| Total         | 205            | 100,0 |

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho 2011.

Não há como precisar que todas essas mortes súbitas decorreram de excesso de trabalho, até porque o CID utilizado diz respeito a “causas desconhecidas”. É possível que o código R96 tenha sido lançado pelo perito do INSS na falta de outro que melhor expresse o ocorrido. Esses dados são os compilados pelo INSS, que não incluem os trabalhadores informais falecidos subitamente e os casos não notificados à Previdência Social. Além disso, há outras causas de mortes, associadas ao *karoshi* que possuem CID próprio e que são lançadas nas estatísticas oficiais por esses códigos e não pelo R96, como, por exemplo, infarto agudo do miocárdio (I21) e acidente vascular cerebral (I64). De qualquer modo, esse percentual de 7,1% é intrigante e preocupante, pois bastante elevado.

Dos 711.164 casos de acidentes de trabalho no Brasil em 2011, com ou sem morte, 6.482 estão relacionados às “reações ao *stress* grave e transtornos de adaptação” (F43)<sup>63</sup>, que inclui diversos males psicológicos, inclusive circunstâncias relativas às condições de trabalho (Y96), conforme item VIII da tabela de doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas relacionadas com o trabalho

62 *Id.* p. 519, 530, 539, 565.

63 *Id.* p. 519.

(grupo V) da Lista B do Anexo II do Decreto nº 3.048/99. Isso corresponde a 0,9% dos acidentes de trabalho, média que vem se mantendo no último triênio<sup>64</sup>, conforme tabela a seguir:

Tabela 6: acidentes de trabalho no Brasil, em 2011, e afastamentos por reações ao *stress* grave e transtornos de adaptação:

| <i>Motivo dos acidentes de trabalho</i>                         | <i>2009</i>      |               | <i>2010</i>      |               | <i>2011</i>      |               |
|-----------------------------------------------------------------|------------------|---------------|------------------|---------------|------------------|---------------|
|                                                                 | <i>Acidentes</i> | <i>%</i>      | <i>Acidentes</i> | <i>%</i>      | <i>Acidentes</i> | <i>%</i>      |
| Reações ao <i>stress</i> grave e transtornos de adaptação (F43) | 6.412            | 0,9           | 6.002            | 0,8           | 6.482            | 0,9           |
| Outras causas de acidentes de trabalho                          | 726.953          | 99,1          | 703.472          | 99,2          | 704.682          | 99,1          |
| <i>Total</i>                                                    | <i>733.365</i>   | <i>100,00</i> | <i>709.474</i>   | <i>100,00</i> | <i>711.164</i>   | <i>100,00</i> |

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho 2011.

O Anuário de 2011 registra outras enfermidades causadoras de acidentes de trabalho que podem ou não estar relacionadas ao excesso de trabalho. Nesse ponto, os dados acima são apenas um ponto de partida para uma pesquisa mais aprofundada do tema.

## REGISTROS DE CASOS

Independentemente dos dados estatísticos, há casos de *karoshi* no Brasil. As principais notícias e estudos da atualidade sobre o tema no país dizem respeito às mortes súbitas ocorridas no corte da cana-de-açúcar, especialmente no interior de São Paulo.

Maria Aparecida de Moraes Silva e outros<sup>65</sup> relacionam o nome e a causa da morte de 13 (treze) cortadores de cana-de-açúcar entre 2004 e 2005 no Estado de São Paulo vítimas do excesso de trabalho. A Pastoral do Migrante de Guariba (SP)<sup>66</sup> enumera 23 casos entre 2004 e 2009. O jornal O Estado de São Paulo<sup>67</sup> noticiou, em 11.09.07, a morte de um trabalhador de 28 anos, internado em Ribeirão Preto, cuja suspeita era de que tenha sido causada por “excesso de esforço no corte de cana”: seria a 5ª morte do ano nos canaviais paulistas e a 21ª desde o final de 2004.

64 *Id.* p. 513 e 516.

65 SILVA, Maria Aparecida de Moraes et al. *Op. citato*, p. 75-76.

66 PASTORAL DO MIGRANTE DE GUARIBA/SP. *Op. citato*, acesso em: 28 abr. 2013.

67 PORTAL ESTADÃO. *SP registra a 5ª morte entre cortadores de cana em 2007*. São Paulo, 11 set. 2007. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sp-registra-5-morte-entre-cortadores-de-cana-em-2007,49876,0.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

A remuneração dos cortadores de cana-de-açúcar tradicionalmente é fixada por produção conforme a quantidade colhida por dia<sup>68</sup>. Francisco Alves<sup>69</sup> assinala que, a partir da década de 1990, dobrou a média de cana cortada por cada trabalhador rural, chegando a 12 toneladas/dia, sendo fixado um mínimo de 10 toneladas/dia. Para chegar a essa média, o trabalhador chega a caminhar 8,8 km/dia, deve efetuar 133.332 golpes de “podão” e consome 8 litros de água por dia<sup>70</sup>. Em 2004, a média passou para 12 a 15 toneladas e atualmente é de 15 toneladas ao dia<sup>71</sup>. Por cada tonelada cortada, o trabalhador ganha entre R\$ 3,80 e R\$ 4,00<sup>72</sup>. Caso corte 15 toneladas, sua remuneração diária será de cerca de R\$ 60,00 (US\$ 30,00).

Libia Carreiro relata um caso de *karoshi* em uma metalurgia em Minas Gerais que motivou o ajuizamento de uma ação civil pública<sup>73</sup>, cuja decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região confirmou as medidas restritivas determinadas em sentença<sup>74</sup>. Além disso, há notícias sobre mortes súbitas de jogadores durante partidas de futebol e suspeitas em relação a motoristas de transporte rodoviários que viajam no limite da exaustão e utilizam de anfetaminas (“rebite” ou “bolinha”) para, afastando o sono, dirigirem por horas e dias seguidos.

## ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-TRABALHISTAS – DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À SAÚDE, AO TRABALHO, AO REPOUSO E AO LAZER

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, assegura a toda pessoa o direito à

68 Diversos sindicatos profissionais defendem que a remuneração seja por metro linear de quadra cortada. Na Ação Civil Pública 1117-52.2011.5.15.0081, a Vara do Trabalho de Matão/SP, por sentença proferida pelo Juiz Renato da Fonseca Janon em 24.10.2012, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público do Trabalho, determinou que usina de açúcar e álcool se abstenha de remunerar os cortadores de cana-de-açúcar por unidade de produção.

69 ALVES, Francisco. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 3, set./dez 2003, p. 96.

70 *Id. ibidem*.

71 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Vara do Trabalho de Matão. Sentença proferida na Ação Civil Pública 1117-52.2011.5.15.0081. Juiz Renato da Fonseca Janon. Publicada em audiência em 24.10.2012, p. 68-69.

72 OLIVEIRA, Cida de. Cortadores de cana adoecem e morrem por conta do pagamento por produção. 8 fev. 2013. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blog/2013/02/cortadores-de-cana-adoecem-e-morrem-por-conta-de-pagamento-por-producao/>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

73 CARREIRO, Libia Martins. *Op. citato*, p. 76.

74 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª Turma. Recurso Ordinário na Ação Civil Pública 648/2006-028-03-00. Relator Desembargador Marcus Moura Ferreira. Publicado no Diário de Justiça de 10.08.07.

vida (art. 3º), a condições justas e favoráveis de trabalho (art. 23) e “a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e as férias periódicas remuneradas” (art. 24). A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) assegura o direito de toda pessoa à vida e à integridade física, psíquica e moral (arts. 4º e 5º).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito de toda pessoa ao trabalho (art. 6º), de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem “o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas (...)” (art. 7º, *d*) e de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental (art. 12).

A Organização Internacional do Trabalho tem diversas Convenções protetivas dos males oriundos do excesso de trabalho. Destacam-se, em especial, algumas que tratam de descanso semanal (Convenções ns. 14 e 106), férias anuais remuneradas (Convenção nº 132), segurança e saúde do trabalho (Convenções ns. 148, 155, 161, 167, 184 e 187), duração do trabalho (Convenção nº 153) e trabalho noturno (Convenção nº 171).

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º) e o livre-exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII) e, dentre os direitos fundamentais sociais, a saúde, o trabalho e o lazer (art. 6º); a limitação da duração do trabalho (na forma dos incisos XIII e XIV do art. 7º); o repouso semanal remunerado (art. 7º, XV); as férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII) e a redução dos riscos de acidentes do trabalho (art. 7º, XXII). A legislação trabalhista também possui diversas normas de proteção à saúde e à vida dos trabalhadores, além de disciplinar a duração do trabalho e os períodos de férias, descansos e intervalos.

### TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

O art. 149 do Código Penal, com redação da Lei nº 10.803/03, tipifica como trabalho análogo ao de escravo, entre outras hipóteses, submeter alguém a jornadas exaustivas ou sujeitá-lo a condições degradantes de trabalho:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”

Para Denise Lapolla Andrade<sup>75</sup>:

“Trabalho degradante é (...) aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. (...) Será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas.”

Pela exata dicção desse dispositivo, não é necessária a restrição da liberdade para configurar o crime de trabalho em condições análogas à de escravo<sup>76</sup>; basta submeter trabalhadores a jornadas exaustivas ou então sujeitá-los a condições degradantes. O excesso de labor pela intensa duração da jornada e o trabalho degradante podem ensejar, por isso, a persecução penal do empregador, independentemente de ele também responder, em função da morte do trabalhador, pelo tipo descrito no art. 121 do Código Penal.

### SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

O descumprimento de obrigações trabalhistas, como a não concessão de intervalos intra e interjornadas, repouso semanal e férias anuais e a não observância da jornada de trabalho, pode ensejar a imposição de multas administrativas pela Superintendência Regional do Trabalho (arts. 75, 153, 156, III, e 201 da CLT, entre outros).

A fiscalização do trabalho pode exigir medidas, como obras ou reparos em, por exemplo, máquinas, ferramentas e instalações que, por não serem adequadas, tornam o trabalho mais extenuante e desgastante (art. 156, II, da CLT).

O empregador que mantém trabalhadores em jornadas extenuantes ou em condições degradantes de trabalho pode ser incluído no cadastro nacional de empregadores autuados por manter trabalho escravo, nos termos da Portaria Interministerial nº 2/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

É permitido à fiscalização do trabalho interditar estabelecimento, setor, equipamento ou máquina ou embargar obra quando houver grave e iminente

---

75 ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei nº 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, a. XV, n. 29, mar. 2005, p. 81.

76 Há posicionamentos em contrário no âmbito da Justiça Federal.

risco à saúde de trabalhador (art. 161 da CLT), sem prejuízo do pagamento dos salários ao empregado (§ 6º).

## PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho (MPT) tem dentre suas incumbências a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (arts. 127 e 129, III, *in fine*, da Constituição Federal e arts. 5º, I e III, *d e e*, 83, III, e 84, II, da Lei Complementar nº 75/93).

O excesso de trabalho e a organização de trabalho doentia que levam ao *karoshi* são fatores que degradam o meio ambiente de trabalho (art. 200, VIII), atentam contra a higiene e segurança do trabalhador (arts. 6º e 7º, XXII), ofendem o valor social do trabalho (arts. 1º, IV, e 170) e, principalmente, agredem o direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 5º e 6º, todos da Constituição Federal). Nesse caso, a defesa da ordem jurídica, do meio ambiente do trabalho e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos legitima a atuação do Ministério Público do Trabalho na investigação, prevenção e combate ao *karoshi* e às suas causas. Havendo interesse do menor de idade, que ficou órfão pela morte súbita de um dos pais, também será legítima sua atuação (art. 83, V, da Lei Complementar nº 75/93).

O órgão ministerial poderá promover termo de ajustamento de conduta para assegurar a adequação do empregador às normas de segurança do trabalho, inclusive referentes à limitação de jornada e à concessão de intervalo. É possível, por exemplo, estabelecer cláusulas para que o empregador humanize os processos de trabalho, limite a jornada e a quantidade de horas extras prestadas, institua um programa de qualidade de vida no trabalho com a participação de empregados, deixe de remunerar seus empregados por produção, promova a desconexão do trabalho, introduza um acompanhamento médico e psicológico a seus empregados; adote providência que diminua o estresse no ambiente de trabalho, reduza metas, estimule as habilidades individuais do trabalhador, etc.

Frustrada a conciliação extrajudicial, o MPT poderá postular em ação civil pública (art. 1º, I e IV, da Lei nº 7.347/85) medidas preventivas que obstruam o risco iminente ou continuado de *karoshi*, entre as quais fixação da jornada, determinação de concessão de intervalo, transferência de função, proibição de realização de tarefas ou atividades, entre outras tutelas específicas ou obrigações de fazer e não fazer. Poderá, ainda, postular a reparação de danos causados, inclusive por dano moral coletivo.

## MEDIDAS JUDICIAIS – CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS

No âmbito da Justiça do Trabalho há diversas decisões no sentido de condenação por dano moral individual e coletivo de quem escraviza trabalhadores. Também existem precedentes que consideram existir *dumping* social pela reiterada e continuada inobservância de preceitos trabalhistas básicos e que beneficia o infrator em detrimento dos empregados e da livre-concorrência.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) alterou o teor da Orientação Jurisprudencial nº 235 de sua Subseção I de Dissídios Individuais (SDI-1) para considerar que no caso dos cortadores de cana-de-açúcar as horas extras devem ser pagas integralmente, isto é, não apenas o adicional, mas também com a hora suplementar trabalhada. Trata-se de uma resposta econômica à exploração intensa desses trabalhadores.

A jurisprudência consolidou-se no sentido de que não é devido o adicional de insalubridade a trabalhadores expostos à radiação solar, como é o caso dos cortadores de cana-de-açúcar. Todavia, recentemente, o TST concluiu que o adicional de insalubridade é devido pela exposição ao calor, acima dos limites de tolerância, mesmo para as atividades em ambiente externo com carga solar (Orientação Jurisprudencial nº 173, II, da SDI-1).

Percebe-se que há uma nítida reação da Alta Corte Trabalhista no sentido de coibir a exploração econômica de atividade ligada à ocorrência de *karoshi* no Brasil, garantindo uma contraprestação melhor. É preciso, entretanto, avançar mais, combatendo o principal motivo para o excesso de trabalho no campo: a remuneração por produção.

## ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

O item 17.6.3 da NR 17 da Portaria nº 3.214/78 estabelece que as atividades que exigem sobrecarga de trabalho devem observar as repercussões sobre a saúde dos trabalhadores para efeito de avaliação de desempenho para fins remuneratórios. O Juiz Renato da Fonseca Janon<sup>77</sup>, em brilhante sentença, que afastou o pagamento por produção dos cortadores de cana-de-açúcar, concluiu que nessa atividade há:

“Um sistema remuneratório perverso que escraviza o trabalhador e beneficia exclusivamente o usineiro (...). Afinal, para auferir um salário que lhe permita viver com um mínimo de dignidade, o rurícola se submete a um ritmo de trabalho extenuante e – por que não dizer degradante – a ponto de por em risco sua saúde, quando não sua própria vida (...). O

77 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Op. citato*, p. 104.

trabalhador se submete voluntariamente a essa nova forma de servidão, como se não conseguisse enxergar o seu próprio reflexo no espelho.”

É possível, em tutela judicial, determinar alteração contratual para estabelecer forma de remuneração mais adequada do que aquela que incentiva o excesso de trabalho e a exaustão no serviço, não apenas para os cortadores de cana, mas também nas ocupações que escravizam o trabalhador que, para garantir seu sustento e de sua família, deve cumprir elevadas metas ou ter alta produção.

A mudança de função (de horário ou de turno) pode constituir em medida preventiva do *karoshi*. Caso não tenha sido feita espontaneamente pela empresa, ainda que a requerimento da Previdência Social (readaptação profissional, art. 104, § 4º, II, do Decreto nº 3.048/99), pode ensejar o deferimento de tutela específica nesse sentido, nos termos dos arts. 461, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC) e 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicados analogicamente (art. 769 da CLT)<sup>78</sup> e que permitem ao Juiz remover pessoas.

Em se tratando de trabalhadora gestante, o art. 392, § 4º, I, da CLT, a fim de assegurar o direito à vida e à saúde da trabalhadora e de seu filho ainda em gestação, garante o direito de transferência de função. Da mesma forma, pela preponderância dos valores e princípios constitucionais em colisão (vida e saúde do trabalhador e livre-iniciativa do empregador), é possível a tutela judicial preventiva para alterar função de qualquer empregado. Contudo, é prudente avaliar as habilidades do trabalhador e o impacto da medida na dinâmica de trabalho da empresa, que é quem organiza a produção (art. 966 do Código Civil) e assume os riscos da atividade econômica que exerce (art. 2º da CLT).

## EXERCÍCIO *IN NATURA* DO DIREITO AO REPOUSO E AO LAZER

Não é da tradição jurisprudencial brasileira o deferimento de tutela para obrigar o empregador a respeitar às regras da Constituição e da CLT quanto à duração do trabalho, limitando judicialmente a jornada extraordinária de trabalho. Todavia, a tutela inibitória e a imposição de obrigação de fazer e de não fazer têm previsão constitucional e legal (arts. 5º, XXXV, da Constituição Federal e 461 e 461-A do CPC) e podem ser utilizadas amplamente para assegurar a vida e a saúde dos trabalhadores.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região<sup>79</sup>, por meio da decisão lavrada na Ação Civil Pública 648/2006-028-03-00, manteve a sentença que obrigou empresa de metalurgia a cumprir a duração do trabalho de 8h diárias

78 Cf. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 514.

79 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Op. citato*, Diário de Justiça de 10.08.07.

e 44h semanais, a conceder repouso semanal remunerado e os intervalos inter e intrajornadas na forma da CLT e a observar os arts. 59 e 61 da CLT no caso de horas extras. Além da comprovação de habitual desrespeito às regras trabalhistas de duração do trabalho, a decisão fundamentou-se no fato de um dos empregados ter morrido pelo excesso de jornada, realização de horas extras diárias e falta de descanso remunerado.

O TST tem entendido que se aplicam analogicamente as pausas do art. 72 da CLT, dos trabalhadores da mecanografia, aos cortadores de cana-de-açúcar em face da fadiga resultante dos movimentos repetitivos por eles executados, nos termos dos itens 17.6.3 e 31.10.9 e das Normas Regulamentares (NRs) 17 e 31 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. Precedentes: TST RR 1838-07.2010.5.15.0156, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 30.11.2012; RR 39700-46.2009.5.15.0156, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Bresciani Pereira, DEJT 03.06.2011; RR 6320-66.2010.5.18.0171, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 16.11.2012; RR 054-58.2011.5.15.0156, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19.04.2013; RR 960-82.2010.5.15.0156, 7ª Turma, Relª Minª Delaíde Miranda Arantes, DEJT 10.09.2012.

O art. 137, § 1º, da CLT assegura o direito de o empregado obter judicialmente a marcação das férias cujo período de gozo findou-se. Há precedentes garantindo a algumas categorias profissionais a fruição *in natura* do intervalo intrajornada. O TST, para assegurar a efetividade do art. 71 da CLT, tem entendido que a concessão parcial desse intervalo ensejará o pagamento integral do tempo destinado à alimentação e ao repouso (Orientação Jurisprudencial nº 307 da SDI-1).

Em princípio, o direito ao intervalo, pausas, repousos e férias deve ser garantido *in natura* (art. 461, § 1º, do CPC), pois a vida humana não pode ser monetarizada. “Atualmente, a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se restar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”<sup>80</sup>, como no caso de o contrato de trabalho já ter sido extinto.

## OUTRAS TUTELAS ESPECÍFICAS

Outra medida judicial possível é a proibição ou a restrição judicial de atividade ou de tarefa extenuante com o fim de evitar o *karoshi*. O direito à vida somente pode ser exercido pelo titular *in natura*. De fato, se o Juiz do Trabalho

---

80 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Op. citato*, p. 509.

pode decretar a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, *a*, da CLT) então ele pode fazer o mesmo, isto é, suspender o contrato de trabalho ou restringir ou proibir a realização de determinada tarefa. Nesse sentido, aplica-se o disposto no art. 11, *b*, da Convenção nº 155 da OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.254/94, e nos arts. 84, § 5º, do CDC e 461, § 5º, do CPC.

Como a empresa deve adotar medidas coletivas e individuais para a proteção da saúde e segurança do trabalhador (arts. 7º, XXII, da Constituição, 16 da Convenção nº 155 da OIT, 157, I e III, da CLT e 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91), o Juiz do Trabalho poderá impor inúmeras obrigações de fazer e/ou de não fazer que sejam adequadas à prevenção à eliminação das causas de mortes súbitas pelo excesso de trabalho, estabelecendo multa *astreinte* para o caso de descumprimento (arts. 84, § 5º, do CDC e 461, § 5º, do CPC). A própria CLT possui, por exemplo, norma que obriga as empresas a colocarem assentos para prevenir fadiga por carga (art. 200), inclusive para quem trabalha em pé e que é aplicável analogicamente no meio rural (para os cortadores de cana-de-açúcar, por exemplo). As normas constitucionais e trabalhistas primam pela prevenção dos riscos à saúde e não pela reparação pecuniária.

## MEDIDAS LEGISLATIVAS

O legislador brasileiro, atento aos efeitos maléficos do excesso de trabalho, editou, nos últimos tempos, leis que tratam de jornada e horas extras. Houve proibição de remuneração por cumprimento de metas de entregas por mototaxistas (art. 1º, I, da Lei nº 12.436/2011); equiparação dos meios de controle e supervisão do trabalho a domicílio e a distância (art. 1º da Lei nº 12.551/2011, que deu nova redação ao art. 6º da CLT); jornada de trabalho e tempo de direção dos motoristas profissionais controlados (art. 2º, V, da Lei nº 12.619/2012), com carga horária, intervalos e repousos fixados e proibição de salário por produção que coloque em risco a segurança nas estradas (arts. 235-C a 235-H da CLT, com redação da Lei nº 12.419) e a extensão dos direitos constitucionais trabalhistas sobre a duração do trabalho para os empregados domésticos (Emenda Constitucional nº 72/2013, que deu nova redação ao art. 7º, parágrafo único, da Constituição).

Os alvos principais da atividade legislativa recentes são o controle da jornada e a vedação de salário por produção que coloque em risco a saúde e a segurança no trabalho. Seria importante a elaboração de leis que, por exemplo, restrinjam o pagamento por produção, revejam a disciplina do art. 62 da CLT, ampliem as pausas de descanso (como a do art. 72 da CLT) para atividades extenuantes, coíbam melhor as chamadas “horas extraordinárias ordinárias”,

regulamentem o adicional de penosidade (de preferência de forma gradual ao tempo de exposição) e tornem mais efetivo o art. 59, *caput*, da CLT, inclusive em relação a regimes, como o de 12h por 36h ou 24h por 72h.

### RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

A mera exigência de trabalho superior às forças do empregado é motivo suficiente para ensejar, nos termos do art. 483, *a*, da CLT, a cessação do contrato de trabalho, mediante rescisão indireta, por culpa do empregador. Com o *karoshi*, a relação empregatícia encerra-se por justa causa, uma vez que a culpa da morte do empregado é o excesso de trabalho. Nesse caso, são devidas todas as verbas rescisórias típicas da rescisão indireta.

### ENQUADRAMENTO COMO ACIDENTE DE TRABALHO

O *karoshi* é um acidente de trabalho típico e fatal para todos os efeitos legais, inclusive para a concessão de benefícios previdenciários e para a responsabilização civil do empregador, responsável pela exposição excessiva do trabalhador aos efeitos nefastos do estresse, da fadiga e da exaustão. Também o tomador de serviços, que se beneficiou das energias do trabalhador terceirizado até as suas últimas consequências, deve responder civilmente pela morte súbita desse empregado (art. 187 do Código Civil).

### RESPONSABILIDADE CIVIL

Em atividades muito extenuantes, desgastantes e/ou penosas quando o risco à saúde pela exposição prolongada e/ou intensa ao trabalho excessivo é inerente às atividades desempenhadas pelo empregado, a responsabilidade civil do empregador é objetiva, isto é, não depende da demonstração de sua culpa, a teor do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

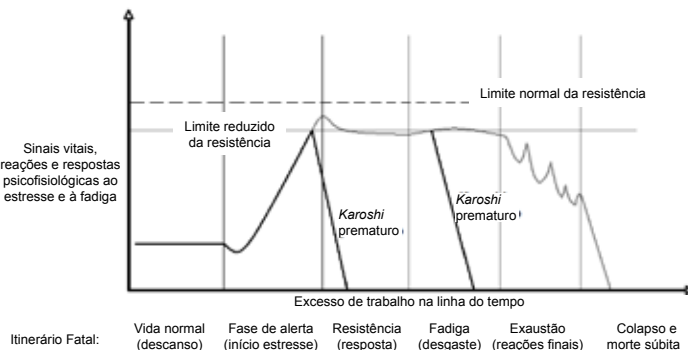
Nos demais casos, em princípio, a culpa do empregador pelo infortúnio letal precisará ser comprovada. São exemplos de atos ou de omissões que podem revelar a presença da culpa: a) exigir ou permitir trabalho intenso além dos limites de lei ou das forças do trabalhador (art. 483, *a*, da CLT); b) suprimir ou reduzir períodos de descanso, lazer e alimentação; c) manter ambiente de trabalho estressante, insalubre ou penoso sem a devida proteção à saúde física e psíquica ou redução dos riscos (art. 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91); d) inverter o relógio biológico do trabalhador; e) manter organização de trabalho doentia, rígida e inflexível (NR 17, item 17.6.2); f) impedir a adequação do

trabalhador a seu modo próprio e pessoal de realizar as tarefas (NR 17, item 17.6.1); g) exigir o cumprimento de excessivas metas e/ou produção, ainda que apenas sob a forma de contraprestação pelo trabalho; h) colocar o trabalhador em contínuo estado de atenção, alerta, prontidão ou sobreaviso, prejudicando sua desconexão com o labor (art. 6º da Constituição); i) impedir ou limitar as pausas destinadas às necessidades fisiológicas, pausas térmicas ou referentes a esforços repetitivos (mecanografia); j) deixar de realizar os exames médicos admissionais ou periódicos obrigatórios e necessários ao exercício da atividade laboral; l) ignorar os sinais externos de alerta do estresse e da fadiga de seus trabalhadores, como queixas corriqueiras e coletivas de cansaço e de dores musculares, repetitivos acidentes de trabalhos provocados pela desatenção, absenteísmo generalizado, etc.; e m) ignorar observância de normas de proteção à saúde e segurança do trabalho.

## O KAROSHI COMO CONCAUSA DA MORTE

Havendo enfermidade preexistente ou problema de saúde adquirido no curso da relação empregatícia, o excesso de trabalho pode ser o estopim para o óbito. Nesse caso, o *karoshi* é uma concausa do infortúnio. O problema de saúde preexistente ou adquirido reduz o limite de resistência do organismo e a morte súbita pode ocorrer pela mera exposição aguda ao excesso de trabalho, isto é, pelo labor intenso nas últimas horas ou dias. Isso pode ocorrer em qualquer fase do estresse, inclusive na fase de alerta, tornando prematuro o *karoshi*, conforme ilustro a seguir:

Gráfico 4: *karoshi* prematuro pela redução do limite de resistência do organismo por problema de saúde preexistente ou adquirido na relação de trabalho.



Essa espécie de *karoshi* pode ocorrer, por exemplo, em atividades esportivas de alto desempenho, na qual problemas anteriores da saúde do atleta (como sopro no coração, deficiência cardiorrespiratória) ou adquiridos no curso

do contrato de trabalho (como obesidade, hipertensão, entupimento de veias e artérias) limitam a sua resistência de exposição ao intenso esforço físico exigido em uma competição. A morte súbita, nesses casos, teve origem pela ação concomitante de dois fatores: esforço físico intenso (excesso de trabalho) e doença preexistente ou adquirida.

## CONCLUSÃO

O *karoshi*, morte súbita por excesso de trabalho, teve origem no sistema japonês de produção (toyotista), mas é um mal que atinge diversos modelos de produção, como taylorista-fordista e as novas morfologias do trabalho. Causado pelo estresse, fadiga e exaustão decorrentes especialmente de aspectos inerentes à organização do trabalho, principalmente sua intensidade, o *karoshi* já faz vítimas no Brasil.

A morte súbita, por causas desconhecidas, foi responsável por 7,1% dos acidentes de trabalho com óbitos no Brasil em 2011. Não há como precisar quantas delas nem quantos outros casos letais, por causas médicas diversas, decorreram de *karoshi*. Todavia, é possível identificar alguns elementos, situações típicas, profissões e fatores que podem auxiliar na pesquisa do nexo causal entre morte súbita e trabalho.

Cortadores de cana-de-açúcar, remunerados por produção, são as vítimas mais visíveis da exaustão letal no país. Segundo a Pastoral do Migrante, essa atividade já ceifou a vida de 23 trabalhadores entre 2004 e 2009 no interior do Estado de São Paulo. A jurisprudência trabalhista, atenta a essa realidade, está evoluindo em favor dessa categoria de trabalhadores.

O risco à saúde e à vida do trabalhador pela exposição às jornadas exaustivas justifica a imposição de sanções administrativas, a atuação do MPT, o deferimento de medidas judiciais preventivas e reparadoras, inspira o legislador e pode configurar trabalho análogo ao de escravo. O *karoshi* enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho e configura acidente de trabalho típico, ainda que aconteça de forma prematura pela associação com problemas de saúde preexistentes ou adquiridos no curso da relação de trabalho.

O *karoshi* é um mal do excesso de trabalho que precisa ser combatido e erradicado. Trabalho não é sinônimo de morte, nem deve ser tão extenuante, a ponto de ceifar vidas e destruir famílias.

“Não é justo, nem humano, exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem (...) tem limites que se não podem ultrapassar.”<sup>81</sup>

---

81 LEÃO XIII. *Op. citato*, n. 25. Acesso em: 1º maio 2013.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Francisco. Por que morrem os cortadores de cana? *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 3, set./dez 2003.
- ANDRADE, Denise Lapolla de P. A. A Lei nº 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, a. XV, n. 29, mar. 2005.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- Bíblia sagrada*. 118. ed. São Paulo: Ave Maria, 1998.
- BILLE, Karin et al. Sudden cardiac death in athletes: the Lausanne Recommendations. *European Journal of Cardiovascular Prevention and Rehabilitation*, European Society of Cardiology, v. 13, n. 6, 2006.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego et al. *Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho 2011: AEAT 2011*. Brasília: MTE/MPS, 2012.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 1ª Turma. Recurso Ordinário na Ação Civil Pública 648/2006-028-03-00. Relator Desembargador Marcus Moura Ferreira. Publicado no Diário de Justiça de 10.08.07.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Vara do Trabalho de Matão. Sentença proferida na Ação Civil Pública 1117-52.2011.5.15.0081. Juiz Renato da Fonseca Janon. Publicada em audiência em 24.10.2012.
- CARREIRO, Líbia Martins. Morte por excesso de trabalho (*karoshi*). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007.
- CHEN-YIN TUNG; MEI-YEN CHEN; SHU-PING TING. Cognition and correlations of *karoshi* among different categories of civil servants in Taiwan. *Journal of Occupational Safety and Health*, New Taipei, IOSH, v. 18, seção 4, dez. 2010.
- DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Cortez/Oboré, 2012.
- FRANCO, Tânia. *Karoshi: o trabalho entre a vida e a morte*. *Caderno CRH*, Salvador, n. 37, jul./dez. 2002.
- GONÇALVES, Lilian. O fim social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 5, 2010.
- HERBIG, Paul A.; PALUMBO, Frederick A. *Karoshi: salaryman sudden death syndrome*. *Journal of Managerial Psychology*, MCB University Press, v. 9, n. 7, 1994.
- KANAI, Atsuko. *Karoshi (work to death) in Japan*. *Journal of business ethics*, Springer, v. 84, n. 2, supplement, jan. 2009, p. 209. Disponível em: <[http://sttjmance.org/documents/recherche\\_scientifique/Karoshi\\_2008.pdf](http://sttjmance.org/documents/recherche_scientifique/Karoshi_2008.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.
- KAPITANSKY, Rene Chabar. Assédio moral no ambiente de trabalho: repercussões ao trabalhador, à empresa e à sociedade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, a. 11, 2011.
- KATO, Tetsuro. The political economic of Japanese *karoshi* (death from overwork). *Hitotsubashi Journal of Social Studies*, Hitotsubashi University, v. 26, n. 2, dez. 1994.

KILLINGER, Barbara. The workaholic breakdown syndrome. In: BURKE, Ronald J. *Research companion to working time and work addiction*. Northampton/MA: Edward Elgar, 2006.

LEÃO XIII, PP. *Carta encíclica "rerum novarum"*. Roma, 15 maio 1891. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em: 1º maio 2013.

MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1927.

NISHIYAMA, Katsuo; JOHNSON, Jeffrey V. Karoshi – Death from overwork: occupational health consequences of the Japanese production management. *Sixth Draft for International Journal of Health Services*, 4 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.workhealth.org/whatsnew/lpkarosh.html>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

O GLOBO. *Morte súbita no esporte atinge mais quem compete no limite*. Rio de Janeiro, 5 maio 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/saude/morte-subita-no-esporte-atinge-mais-quem-compete-no-limite-4819495>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

OLIVEIRA, Cida de. *Cortadores de cana adoecem e morrem por conta do pagamento por produção*. 8 fev. 2013. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blog/2013/02/cortadores-de-cana-adoecem-e-morrem-por-conta-de-pagamento-por-producao/>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Word Labour Report 1993*. Genebra: OIT, 2003.

PASTORAL DO MIGRANTE DE GUARIBA/SP. *Histórico dos cortadores de cana mortos no setor canavieiro*. Guariba, 17 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.pastoraldomigrante.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=102%3Ahistorico-dos-cortadores-de-cana-mortos-no-setor-canavieiro-&catid=25%3Adados&Itemid=54](http://www.pastoraldomigrante.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=102%3Ahistorico-dos-cortadores-de-cana-mortos-no-setor-canavieiro-&catid=25%3Adados&Itemid=54)>. Acesso em: 28 abr. 2013.

PORTAL ESTADÃO. *SP registra a 5ª morte entre cortadores de cana em 2007*. São Paulo, 11 set. 2007. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,sp-registra-5-morte-entre-cortadores-de-cana-em-2007,49876,0.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTr, 2013.

REIS, Luciana Martins dos; CORDEIRO, José Antonio; CURY, Patrícia Maluf. Análise da prevalência de morte súbita e os fatores de riscos associados: estudo em 2.056 pacientes submetidos a necropsia. *Jornal Brasileiro de Patologia e Medicina Laboratorial*, Rio de Janeiro, SBPC/ML, v. 42, n. 4, jul./ago. 2006.

ROCHA, Euda Kaliani Gomes Teixeira. *Desigualdade também no adoecimento*: mulheres como alvo preferencial das síndromes do trabalho. XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Caxambu/MG: out. 2008, p. 3. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008\\_1215.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1215.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

SILVA, Maria Aparecida de Moraes et al. Do *karoshi* no Japão à birôla no Brasil: as faces do trabalho no capitalismo mundializado. *Revista Nera*, Presidente Prudente/SP, a. 9, n. 8, jul./dez. 2006.

STACCIARINI, Jeanne-Marie R.; TRÓCCOLI, Bartholomeu T. Estresse ocupacional. In: MENDES, Ana Magnólia; BORGES, Livia de Oliveira; FERREIRA, Mário César (Org.). *Trabalho em transição, saúde em risco*. Brasília: UnB, 2002.

# DIVERSIDADE, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL\*

Jacques d'Adesky\*\*

Há cerca de 30 anos o tema da *diversidade* incorporou-se à vida política, social e cultural no Brasil. Essa tomada de consciência resultou, em parte, das ações práticas de responsabilidade social realizadas por organizações corporativas e da promoção da diversidade cultural regional, principalmente através dos programas de apoio do Ministério da Cultura. Por outro lado, isso ocorreu, também, em razão da expansão das reivindicações dos movimentos sociais que lutam por causas como a inserção adequada das mulheres no mercado de trabalho e sua maior participação nos fóruns políticos; um melhor acesso dos afrodescendentes ao ensino superior; e o reconhecimento dos grupos homoafetivos, particularmente a legalização de sua união conjugal.

Essa nova situação ocupa, cada vez mais, um lugar central na pauta econômica, social e cultural do país. Isso pode parecer surpreendente, na medida em que o tema da diversidade estava anteriormente nivelado a uma questão marginal. O discurso dominante até meados do século passado enfatizava a coesão cultural do país, com base na preponderância da língua portuguesa em todo o território nacional. Além disso, a miscigenação com base na mistura e o aporte à formação cultural e econômica do Brasil pela influência de portugueses, africanos e populações indígenas eram também destacados como fator da *brasilidade*, uma prova definitiva da ausência de qualquer discriminação ou racismo em relação aos negros e índios.

## RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E DIVERSIDADE

Nos dias de hoje, numerosas empresas – brasileiras e multinacionais instaladas no país – consideram de suma importância a justa repartição e diversidade de gênero e de origem étnica dos empregados contratados nos diversos níveis

---

\* Texto apresentado no “I Seminário de Responsabilidade Social da Petrobras”, realizado nos dias 8 e 9 de maio de 2013, na cidade do Rio de Janeiro.

\*\* Professor no IUPERJ; coordenador-geral do curso de Relações Internacionais na UNESA e pesquisador visitante na Universidade Laval, Quebec (Canadá).

das carreiras. O tema da diversidade no seio da empresa está ligado à prática de *responsabilidade social corporativa*. De acordo com o Instituto Ethos, esse conceito surgiu no Brasil nos anos 1980. A implantação dessa mudança foi impulsionada por uma sequência de eventos sociais e políticos, que expressavam uma mudança de atitude por parte dos cidadãos e, a partir daí, da comunidade empresarial. Muitas corporações desenvolveram, então, práticas, significativas de gestão socialmente responsável, com base na compreensão de que este seria um fator de competitividade para os seus negócios; ou seja, a inserção de um empreendimento no mercado passou a considerar como fator importante para a sua rentabilidade – além das estratégias de *marketing*, custos e controle da qualidade dos produtos e serviços – a responsabilidade social e o aperfeiçoamento de suas relações com clientes, fornecedores, empregados e parceiros comerciais, incluindo a comunidade em que atua e a sociedade como um todo<sup>1</sup>.

A diversidade é parte essencial da responsabilidade social das empresas, em sua linha de atuação. Essa preocupação deve contemplar, quando for possível, a contratação e promoção de pessoas com experiências e perspectivas diferentes. Isso significa adotar uma postura aberta no momento do recrutamento e seleção de candidatos, tendo em vista expandir o índice de emprego em determinados segmentos da sociedade, tais como mulheres, afrodescendentes, indígenas e portadores de deficiência física, entre outros<sup>2</sup>.

Ao fomentar maior presença de membros de grupos minoritários historicamente marginalizados – em especial os pertencentes à comunidade local em que a empresa tem sua área de atuação –, o princípio de diversidade torna-se um meio para proporcionar a valorização da imagem institucional, o que contribui para a melhoria de seu desempenho comercial. Ao abrir novos horizontes de interação entre os empregados, permite ampliar as perspectivas em termos de criatividade e inovação, com evidentes ganhos de produtividade e eficácia. A responsabilidade social de empresa favorece também o propósito de justiça social, visando remediar, quando for possível, o *status* subalterno de determinados grupos. Trata-se então de uma via em mão dupla – de um lado, pode proporcionar maiores ganhos para a empresa e, por outro, permite alcançar um nível mais elevado de bem-estar social. Entretanto, essa via é assimétrica, na medida em que tanto o poder de decisão quanto o de enunciação referentes à gestão da diversidade situam-se com a empresa, e não com os seus parceiros ou membros da comunidade.

---

1 Ler o relatório do Instituto Ethos: *Responsabilidade Social Empresarial para Micro e Pequenas Empresas*. Disponível em: <[www.ethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/responsabilidade\\_micro\\_empresas\\_passo.pdf](http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/responsabilidade_micro_empresas_passo.pdf)>.

2 Ver relatório do Instituto Ethos: *Ibidem*.

Em função dessa correlação de forças, a gestão da diversidade reflete uma dimensão fortemente utilitarista, cujo objetivo principal é o aumento dos lucros por meio de uma melhor aproximação com o seu *entourage* (fornecedores, comunidade local, etc.). Para ser considerada como uma ação de valor moral, essa política deveria ser baseada na ideia de dever, remetendo à necessidade de levar em conta sua motivação (maior justiça social), e não suas vantagens (expansão dos benefícios). A certeza de agir segundo um dever moral – e não visando uma utilidade ou conveniência – conecta a ação à justiça social, mesmo que possa ser vista como uma gota no oceano. Talvez se possa falar também de uma ação moral no sentido de conferir maior consideração e respeito por pessoas em situação de desvantagem. Essa prática da gestão da diversidade no emprego remete fortemente às redes de proximidade, e nem sempre podem ser replicadas pela empresa em escala regional, nacional ou global.

## DIREITOS HUMANOS, DIGNIDADE E DIVERSIDADE

Mas será moralmente aceitável que se recrutem e contratem pessoas com base no pertencimento a determinadas comunidades exclusivamente em nome do lucro ou em busca de vantagens comerciais? Seria essa, então, uma violação dos princípios dos direitos humanos, que recomendam o respeito à igualdade dos indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, etnia, raça, sexo ou religião?

Para responder a essas questões, precisamos definir com clareza o que entendemos pela noção de diversidade. No campo das relações humanas, este é um termo englobante, largamente inclusivo, concernentes às diferenças. Ao mesmo tempo, a diversidade permite contabilizar exclusões com base em critérios que separam em vez de agregar. Por exemplo, os sentimentos de rejeição ou repúdio que levam à exclusão de grupos como os refugiados, os apátridas e os imigrantes, que formam um conjunto variado de indivíduos que encontram barreiras para a assimilação ou integração cultural nas sociedades que os acolhem.

Diante de atitudes negativas e preconceituosas em relação ao estrangeiro, mas também de outros grupos discriminados por diversos motivos, é preciso sublinhar que toda pessoa possui múltiplos pertencimentos ligados ao seu *status* social, gênero, nacionalidade, religião, crença, etc. Considerar e avaliar alguém exclusivamente com base em um pertencimento específico – sem levar em conta as múltiplas formas como esse indivíduo se percebe e se define – é uma atitude arrogante de negação de identidades, com o objetivo de ferir ou estigmatizar uma pessoa. Segundo Amartya Sen, é preciso sempre considerar que cada qual é livre para escolher as suas preferências em relação aos diversos grupos em que se reconhece como membro pleno. Temos a tendência exagerada, acrescenta

ele, de colocar etiquetas nas pessoas, classificando-as em uma só categoria. Os seres humanos, com as suas identidades plurais e as suas afiliações múltiplas, são criaturas sociais que não podem ser reduzidas ao *status* de membro de um único grupo, o que não corresponde à complexidade das sociedades no mundo<sup>3</sup>.

O mundo em que vivemos tem mostrado que pensar os direitos humanos tal como foram proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 é uma postura que ficou parcialmente datada no tempo. Mesmo sem modificar o teor do texto da DUDH, já se passaram 64 anos e continuamos em busca de uma igualdade de direitos e de uma sociedade globalmente mais justa e equitativa. Nessas últimas décadas, a luta pela igualdade não se limitou a estender o padrão universal dos direitos humanos para aqueles que se encontravam excluídos, mas também a reformular o sentido desse conceito, adaptando-o aos novos tempos.

No século XXI, a dignidade humana não pôde mais ser definida exclusivamente pelo reconhecimento do que é comum, ou seja, o nosso pertencimento à mesma humanidade. O reconhecimento do outro pressupõe que se respeita a sua alteridade, a sua diferença. Ao ideal de igualdade universal foi agregada a busca de autenticidade. Isso impõe uma dupla exigência: levar em conta a diferença que acabou se tornando a própria condição do reconhecimento desse universal pelo qual somos idênticos<sup>4</sup>. Em outras palavras, as reivindicações do reconhecimento conduzem cada vez mais a considerar o ângulo da diversidade – aceitar a diferença e não mais tentar apagar as diferenças em nome de nossa humanidade comum. Hoje não mais se admite, como outrora, pensar que os negros deveriam desejar deixar de ser negros, ou supor que os *gays* deveriam procurar uma “cura miraculosa” para se tornarem heterossexuais.

## ACÇÃO AFIRMATIVA E DIVERSIDADE

Nas últimas décadas, as populações dos países têm se tornado cada vez mais heterogêneas, em virtude do aumento dos fluxos migratórios. Muitas vezes esses emigrantes buscam melhores oportunidades de trabalho, mas também procuram fugir de guerras e conflitos armados. Monitorando essa dinâmica, estudos baseados no IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) têm mostrado a permanência em larga escala das desigualdades sociais, de gênero, étnicas, disparidades raciais, etc. Essas estatísticas propiciam uma análise mais precisa

3 Ler: SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 281-282.

4 Ver: GUÉRARD DE LATOUR, Sophie. *La société juste*. Égalité et différence. Paris: Armand Colin, 2001. p. 174-176.

das desigualdades e revelam novos aspectos do problema, como o tratamento uniforme e global a que são submetidos indivíduos postos em situações totalmente diferentes. Para mudar esse panorama, o Estado pode implementar políticas de ação afirmativa que favoreçam a diversidade no âmbito do emprego e promover o acesso ao ensino superior para os grupos desfavorecidos, como os pobres, os afrodescendentes e indígenas. Estes dois últimos foram vítimas de discriminação resultante do preconceito racial, e sofreram danos históricos durante a colonização e escravidão.

Evidentemente, as políticas de ação afirmativa não devem ser confundidas com a questão de diversidade, embora a promovam em determinados espaços sociais, como o ensino superior e o mercado de trabalho. As políticas de ações afirmativas resultam de decisões do Estado com o objetivo de estabelecer igualdade de oportunidades, remediar situações de desigualdade oriundas do passado e que permanecem vivas no presente. A promoção da diversidade não se refere à controvérsia de reparação ou compensação por danos históricos, tampouco se baseia no argumento de que é necessário priorizar, na admissão ou ao longo da carreira, pessoas que tenham sido pessoalmente prejudicadas por algum tipo de discriminação.

Entretanto, nos últimos anos, é possível observar que a promoção das políticas de ações afirmativas tem encontrado sua fonte de inspiração na temática de diversidade. Nos Estados Unidos, a Corte suprema chegou a declarar em 1978 (caso *Bakke versus Board of Regents*), em referência à inscrição de um candidato branco na Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, que a prática de levar em conta a raça de um candidato seria aceitável somente nos casos em que isso servisse ao interesse da diversidade. Em 1994, num caso similar levado à Justiça Federal, uma candidata branca não conseguiu ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, diante de candidatos negros ou descendentes de mexicanos, aceitos com desempenho, nas provas, inferior ao seu. Na ocasião, o decano da Faculdade de Direito argumentou que o propósito cívico da missão da universidade era aumentar a diversidade racial e étnica da carreira advocatícia no Texas, e permitir que negros e hispânicos ocupassem posições de liderança no governo e no sistema judiciário em geral<sup>5</sup>.

Na França, onde a expressão *discriminação positiva* é usada no lugar de *ação afirmativa*, é curioso observar que a expressão *diversidade* tem assumido conotação mais ampla, até mesmo eufemística, designando ao mesmo tempo a discriminação positiva e sua justificativa, concernente aos tratamentos e

---

5 Ver: SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 213-214.

preferências acordadas com base no sexo ou na raça, normalmente proibidas pelo princípio de não discriminação. O termo tornou-se de uso corrente nos debates públicos, assim como no meio político, nas grandes corporações e no universo da mídia. Nessa acepção, entende-se a diversidade como um mecanismo de discriminação “positiva”, pois traduz, segundo Gwénaële Calvès, uma vontade de reequilibrar situações de disparidades estruturais, contrariamente à discriminação “negativa” que expressa um ato de hostilidade, um preconceito, um desejo de humilhar<sup>6</sup>.

## IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E JUSTIÇA SOCIAL

Há quem considere as desigualdades como o produto da atividade mais ou menos frutífera de cada um. Elas seriam necessárias por criar emulação e incentivar o dinamismo da sociedade. É sobre esse terreno que prolifera a noção de meritocracia que justifica as desigualdades de percurso dos indivíduos baseado no mérito. Mas se aceitarmos o argumento de que as pessoas merecem as recompensas que resultam do esforço e do trabalho árduo, ou que a distribuição da renda deva ser realizada levando em conta exclusivamente os resultados do próprio trabalho, corremos o risco de ficarmos aprisionados em uma visão estreita, moralmente baseada na justiça distributiva. Nessa linha de pensamento, para alcançar determinados cargos, funções ou ser merecedor de alguma honraria, é necessário que o indivíduo demonstre talento e méritos. Entretanto, poucos sublinham que o talento inato faz parte da ordem natural: nascer com dotes físicos e intelectuais que possam, em certas circunstâncias, constituir vantagem diante dos outros. Temos de admitir que não há grande mérito nisso. O que pensar das pessoas dotadas de talentos que não conseguem fazê-los frutificar, por absoluta falta de condições sociais e econômicas adequadas, sendo obrigadas a conviver com a dor e frustração de ver seus potenciais menosprezados, como sementes plantadas em terra infértil? Esses talentos tornam-se caducos, em virtude da perda de seu valor social, da mesma forma que habilidades em lidar com a arte das espadas tornaram-se irrelevantes em nossos dias, a não ser em determinadas competições esportivas.

A percepção das desigualdades transformou-se nos últimos 30 anos, passando a destacar a noção de igualdade de oportunidades. As oportunidades de um indivíduo são ligadas à sua pertença social e comunitária, e a miséria tem uma dimensão coletiva. John Rawls afirma que o esforço próprio não pode ser considerado um fator determinante do mérito. Outros fatores, como a

---

6 Ver: CALVÈS, Gwénaële. *Inégalités et justice sociale: le piège de la diversité*. In: PEILLON, Vincent (Dir.). *Inégalités et justice sociale*. Paris: Le Bord de l'eau, 2008. p. 179.

educação familiar favorável e circunstâncias sociais mais confortáveis, determinam também o sucesso. Portanto, o resultado do esforço é influenciado por contingências cujos créditos não podemos reivindicar. Para evitar que os mais favorecidos pela loteria natural e por contingências sociais sejam os únicos a alcançar o sucesso, devemos buscar, sempre que possível, equalizar concretamente as condições iniciais, através da multiplicação de medidas para corrigir as disparidades de oportunidades individuais.

Essa abordagem de Rawls está em ruptura total com a posição passiva daqueles que afirmam que a pobreza resulta de uma forma de fatalismo dos pobres, sendo de responsabilidade individual das próprias vítimas. Na realidade, os indivíduos não se encontram em pé de igualdade diante do sistema econômico, assim como do mercado. Para assegurar a igualdade de oportunidades, o Estado deve intervir para permitir, no mínimo, uma equalização das situações de entrada. A partir daí, os indivíduos teriam as condições mínimas para se mover na hierarquia social e melhorar a sua situação. Assim, sublinha Rawls, as desigualdades devem ocorrer em benefício dos mais desfavorecidos da sociedade, e não o contrário<sup>7</sup>.

Segundo Xavier Greffe, a igualdade de oportunidades acaba conciliando a justiça social e a eficácia econômica, na medida em que a primeira garante a cada um o acesso à saúde, à educação e até mesmo a um salário-mínimo. A segunda protege os mecanismos do mercado ao legitimar o sucesso individual, uma vez estabelecidas as condições concretas para uma competição justa, na qual todos tenham iguais oportunidades. Nesse contexto seriam toleradas as desigualdades, desde que, além da igualdade teórica de direitos, a igualdade prática de oportunidades tenha sido assegurada.

Amartya Sen constata, também, que as desigualdades sociais, de gênero ou entre grupos comunitários, não podem ser explicadas apenas como função do comportamento individual. Ele reconhece que os indivíduos não possuem as mesmas “capabilidades”, as mesmas oportunidades para superar a pobreza, seja essa pobreza ligada a fatores sociais, econômicos ou, ainda, resultantes de *handicaps*, tais como idade, invalidez ou doença. Não há como estigmatizar os mais pobres e desfavorecidos e condená-los à sua própria sorte. Uma redistribuição equitativa não diz respeito exclusivamente aos bens materiais, recursos e rendas, mas, também, às “capabilidades” para desenvolver recursos humanos que permitam viver uma vida decente e usufruir de bem-estar. Para esse autor, a promoção da justiça, assim como a eliminação da injustiça, exige que se dê aos indivíduos os meios e a liberdade de aprimorar a sua capacidade

---

7 Ver: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

de melhorar os seus ganhos. Essas medidas devem ser tomadas em conjunto com as instituições públicas, que têm a responsabilidade de corrigir as distorções socioeconômicas resultantes de disparidades do mercado<sup>8</sup>.

## CONVIVER NOS CAMPOS RELACIONAIS

A prática da diversidade impõe o uso de um olhar dialógico sobre os membros que compõem a sociedade, em particular sobre aqueles que vivem à margem ou são pouco visíveis em razão de sua posição subalterna. Este reconhecimento nos diz respeito, direta ou indiretamente, quando atinge os nossos campos relacionais. É assim, por exemplo, quando no nível do trabalho lidamos com pessoas que foram contratadas através da implementação da diversidade no emprego. Aqueles que já estavam no emprego por outros caminhos devem tomar consciência de que também foram privilegiados. Ao invés dos critérios de contratação praticados pela empresa, foi sua própria situação socioeconômica que lhe permitiu desfrutar de um tratamento preferencial, em nome da meritocracia.

A respeito da empresa ou do Estado, esse olhar dialógico pode ser observado quando ações são realizadas para incluir no âmbito do trabalho ou do espaço público pessoas marginalizadas ou “invisíveis” nos campos relacionais. É assim, por exemplo, com as medidas tomadas pelas empresas e pelo Estado para facilitar a vida dos portadores de deficiências físicas. A instalação de rampas de acesso nos edifícios, *shopping centers* e ônibus, por exemplo, não apenas nos aproximam dessas pessoas como lhes confere visibilidade. Somos forçados a tomar consciência da existência delas. Sem tais medidas, a maior parte dos portadores de deficiência continuaria a viver enclausurado em suas casas, isolada de qualquer contato com o mundo externo. Temos de admitir que, em nossas relações sociais, somos muitas vezes levados pelo egocentrismo a viver longe de qualquer círculo relacional heterogêneo, priorizando a unicidade e a uniformidade de nosso meio familiar e a identificação com os amigos mais próximos.

Acostumados a espaços fortemente impregnados pela uniformidade social, portanto marcados pela falta de diversidade humana, podemos experimentar sentimentos de admiração ou de mal-estar ao nos depararmos com uma situação invertida, na qual nós é que estamos em posição minoritária. Um exemplo disso é o choque de “estranheza” vivido pelo Senador Cristovam Buarque ao visitar a Faculdade Zumbi dos Palmares, na Cidade de São Paulo, quando se deparou com um número elevado de estudantes afrodescendentes, algo que nunca tinha visto no Brasil, um país onde a metade da população é

---

8 Ver: SEN, Amartya. *Ibidem*. p. 290-292.

formada por pretos e pardos. Percorrendo os corredores da Faculdade, ele via uma universidade frequentada na sua maioria por alunos negros, como se ele estivesse na África, e não no Brasil. O “estranhamento” devia-se ao fato de ele reconhecer naquele lugar o verdadeiro Brasil. O verdadeiro espanto deveria advir da constatação de que a população estudantil das universidades brasileiras é composta na sua grande maioria por brancos. Mas isso, de acordo com ele, não provoca espanto em ninguém<sup>9</sup>.

Inversamente, relembramos a situação de desconforto que militantes do Movimento Negro vivenciaram no início da década de 1980 ao participarem de eventos na Faculdade Candido Mendes, em Ipanema. Na realidade, o sentimento de mal-estar provinha da dificuldade em transitar com tranquilidade num espaço cujos códigos sociais eles não conseguiam decodificar de forma satisfatória. Essa “estranheza” levou alguns a propor a organização dos eventos subsequentes, não mais na zona sul do Rio de Janeiro, mas no subúrbio, considerado mais adequado para discutir a realidade de sujeição e discriminação dos negros.

Evidentemente, a diversidade é uma prática que favorece a mistura social, mas não significa a abolição das diferenciações sociais. A aproximação de categorias sociais em um mesmo lugar não assegura relações sociais harmoniosas, mas se apresenta como um horizonte desejável para estabelecer maior convívio social e limitar o risco de segregação espacial. A estima e a busca do reconhecimento da utilidade de cada um ajudam a fundar as solidariedades de grupos. A diversidade humana no emprego e no ensino contribui para que as pessoas venham a conhecer e conviver com outras cuja existência nem poderiam imaginar. O serviço militar obrigatório de antigamente tinha essa característica de tornar possível que jovens de horizontes sociais diferentes, assim como oriundos de outras partes do país, viessem a conviver durante o período do serviço. É verdade, entretanto, que por razões internas, as forças armadas excluía de chofre as mulheres, os *gays*, e as pessoas portadoras de deficiência física ou mental.

## VALORES COMUNS DA HUMANIDADE

Conviver com as diferenças culturais sempre foi um desafio para as sociedades antigas, em busca de maior coesão social com base na exigência da partilha e adoção pelos seus membros dos mesmos valores e crenças. As sociedades contemporâneas continuam se defrontando com o desafio da coesão diante da heterogeneidade das desigualdades socioeconômicas, assim como a

---

9 BUARQUE, Cristovam. Não sou Brasil. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2007.

pluralidade das crenças, valores, visões do mundo e aspirações que se encontram no seio dos países pelos quatro cantos do planeta.

Uma consequência maior dessa realidade plural é a inexistência no plano internacional de uma ordem moral comum estável, mas apenas a emergência de uma ordem interativa e evolutiva que acaba se construindo nos confluências de concepções particularistas do bem e do dever. Nesse sentido, já é possível constatar o advento de valores comuns da humanidade quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra, mesmo em tom de retórica, a igual dignidade de todos os seres humanos, o direito à vida e às liberdades fundamentais.

A implementação prática desses valores carrega a possibilidade da internacionalização efetiva do direito e da justiça penal com base na deliberação, comparação e confrontação de valores expressando as identidades culturais que permeiam os sistemas de direito no âmbito das nações. Essa busca de valores comuns pode parecer ingenuidade no momento em que renascem o fanatismo e outros fundamentalismos que prenunciam um futuro marcado pela possível ruptura de diálogo entre os países, em contraste com a ideia mesma de valores comuns. A importância de nos debruçarmos sobre esse dilema aumenta à medida que a modernização dos meios de transporte e a expansão das telecomunicações encurtam as distâncias e nos obrigam a considerar o mundo pelas lentes da diversidade e alteridade.

Este debate permeia de uma forma ou outra todas as sociedades, sejam alinhadas com a democracia ou não. As primeiras tentam resolver a coexistência das diferenças através do respeito à pluralidade de valores, garantindo direitos fundamentais, como o direito à vida, a liberdade e a igualdade. Esse modelo de tolerância coloca em destaque a autonomia do indivíduo e os direitos humanos que baseiam suas raízes nos princípios de direitos exclusivamente individuais. Essa questão aparece de maneira crucial nas sociedades tradicionais de hoje, nos quais ainda não é totalmente satisfatório o respeito incondicional ao indivíduo, a despeito de suas diferenças. É uma questão obsessiva de nosso tempo, que mostra a pertinência moral deste debate. É preciso buscar uma ordem moral comum aceitável, uma vez que o horizonte fronteiriço de valores desvela eixos que entram em concorrência e desacordos na construção de uma humanidade plural, implicando o reconhecimento da singularidade de cada ser, assim como sua igual pertença à comunidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUARQUE, Cristovam. Não sou Brasil. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2007.

CALVÈS, Gwénaële. Inégalités et justice sociale: le piège de la diversité. In: PEILLON, Vincent (Dir.). *Inégalités et justice sociale*. Paris: Le Bord de l'eau, 2008.

GREFFE, Xavier. *La politique sociale*. Etude critique. Paris: PUF, 1975.

GUÉRARD DE LATOUR, Sophie. *La société juste*. Égalité et différence. Paris: Armand Colin, 2001.

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. *Indicadores Ethos-Serebral de responsabilidade social empresarial para micro e pequenas empresas*. Disponível em: <[www.ethos.org.br/\\_Uniethos/Documents/responsabilidade\\_micro\\_empresas\\_passo.pdf](http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/responsabilidade_micro_empresas_passo.pdf)>.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SEN, Amartya. *Repenser l'inégalité*. Paris: Seuil, 2000.

\_\_\_\_\_. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

# A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS APÓS A EXTINÇÃO DA TR

**João Ghisleni Filho\***

**Luiz Alberto de Vargas\***

**N**o julgamento da ADI 4.357/DF, o STF deu um passo adiante e declarou a inconstitucionalidade do § 12 do art. 100 da Constituição da República, ao determinar a correção dos precatórios pelos mesmos índices de remuneração da poupança, ou seja, a mesma TR utilizada para correção trabalhista.

Nas palavras do Relator, Ministro Ayres Britto,

“A correção monetária é instrumento de preservação do valor real de um determinado bem, constitucionalmente protegido e redutível à pecúnia. Valor real a preservar que é sinônimo de poder de compra ou poder aquisitivo, tal como se vê na redação do inciso IV do art. 7º da CF, atinente ao instituto do salário-mínimo.”

E mais além:

“Na medida em que a fixação da remuneração básica da caderneta de poupança como índice de correção monetária dos valores inscritos em precatório implica indevida, é intolerável constrição à eficácia da atividade jurisdicional. Uma afronta à garantia da coisa julgada e, por reverberação, ao protoprincípio da separação dos Poderes. (...) Se há um direito subjetivo à correção monetária de determinado crédito, direito que, como visto, não difere do crédito originário, fica evidente que o reajuste há de corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabo de um certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda – a cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição –, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária. É o mesmo que dizer: medido que seja o tamanho da inflação num dado período, tem-se, naturalmente, o

---

\* Desembargadores do Trabalho, integrantes da Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região.

percentual de defasagem ou de efetiva perda de poder aquisitivo da moeda que vai servir de critério matemático para a necessária preservação do valor real do bem ou direito constitucionalmente protegido.”

Assim, já existe decisão judicial da mais alta Corte declarando a inconsistência jurídica da adoção da TR como fator de atualização de débitos judiciais e a exigência normativa de substituição desse índice por outro que reflita precisamente a desvalorização da moeda em nome da preservação do direito subjetivo do credor e da eficácia das decisões judiciais.

Não se pode negar que as consequências da decretação da inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária não se restringe à atualização dos precatórios, mas se estende a todos os demais créditos judiciais, inclusive os trabalhistas.

Portanto, o “zeramento” da TR tem impacto contundente nos processos trabalhistas, inviabilizando a construção jurisprudencial que, até então, garantia a correção dos créditos judiciais e gerando a necessidade urgente de nova interpretação pretoriana que igualmente torne efetiva a norma prevista na Lei nº 8.177/91, que, em essência, visa proteger o crédito laboral da corrosão inflacionária.

Tal exigência não é somente ética, mas também jurídica, a partir de decretação da inconstitucionalidade do uso da TR como fator de atualização monetária. A substituição da TR por outro índice, esse que efetivamente reflita a desvalorização monetária decorrente da inflação, não deve tardar, sob pena de grave distorção dos valores devidos nos processos judiciais trabalhistas.

Como resultado da cultura inflacionária alta, o Brasil ainda possui inúmeros índices, com as mais variadas metodologias, que medem a inflação de vários segmentos. Entre os institutos que realizam essa tarefa, os principais são<sup>1</sup>:

– A Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) da Universidade de São Paulo (USP), que elabora o IPC-FIPE;

– A Fundação Getúlio Vargas (FGV), entidade privada de ensino, cujo principal índice é o IGP-M (Índice Geral de Preços ao Mercado);

– O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), entidade civil sem fins lucrativos que assessora o movimento sindical e é responsável pelo ICV (Índice de Custo de Vida);

---

1 ANTONIK, Luis Roberto; VEIGA, Daniel Rogério de Carvalho. *Taxas de inflação e índices de preço, uma abordagem prática*. Disponível em: <[http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/iniciacaoCient%C3%ADfica/iniciacao\\_10.pdf](http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/iniciacaoCient%C3%ADfica/iniciacao_10.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

– O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), instituição da administração pública federal e principal fonte de informações e dados do Brasil, responsável pelo IPC (Índice de Preços ao Consumidor), pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) e pelo IPCA (Índice Preços ao Consumidor Amplo).

Cada índice é calculado com metodologia própria e servem a diferentes finalidades.

Assim, o IPC-FIPE pesquisa somente a cidade de São Paulo e reflete o custo de vida de famílias com renda de um a 20 salários-mínimos. Utiliza metodologia que atualiza uma ponderação dos preços, de forma a eliminar bruscas variações sazonais. É um dos mais antigos do país.

O IGP é uma média ponderada do Índice de Preços no Atacado (IPA) com peso seis; do IPC-RJ, que mede os preços ao consumidor no Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Porto Alegre e Brasília, com peso três, e do custo da construção civil (INCC) com peso um. É usado em contratos de longo prazo, como aluguel, no reajuste de tarifas públicas e planos de saúde antigos. É uma variação deste o IGP-M, elaborado para contratos do mercado financeiro.

O ICV-Dieese, também medido apenas em São Paulo, mede o custo de vida de família com renda média de R\$ 2.800,00, e foi criado para subsidiar a negociação coletiva.

O INPC mede o custo de vida nas principais 11 regiões metropolitanas do país para famílias com renda de um a cinco salários-mínimos. Resulta do cruzamento de dois parâmetros: da pesquisa de preço de nove regiões de produção econômica com a Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) que abrange famílias com renda de um a seis salários-mínimos.

O IPCA é o índice utilizado pelo Banco Central como medidor da inflação oficial do país. A pesquisa é feita em nove regiões metropolitanas em famílias com renda mensal de um a 40 salários-mínimos.

A variação dos índices depende de inúmeros fatores e, a cada período, conforme os rumos da economia, um ou outro índice parece mais favorável ao credor ou ao devedor. Assim, nos últimos 12 meses (julho/2012 a julho/2013), os mais importantes índices apontaram<sup>2</sup>:

---

2 Fonte: *Site Investimentos e Notícias*. Disponível em: <<http://www.investimentosenoticias.com.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

| <i>Índice</i> | <i>Inflação</i> |
|---------------|-----------------|
| IGP-M         | 5,18%           |
| INPC          | 6,38%           |
| IPCA          | 6,27%           |
| ICV           | 6,63%           |

Em recente artigo publicado na LTr de julho de 2013, César Reinaldo Offa Basile, sobre a mesma matéria, defende a aplicação do INPC como “(...) único índice capaz de recompor satisfatoriamente as perdas inflacionárias e devolver o poder aquisitivo da moeda nacional”. Aponta, ainda, o referido articulista que outras leis, como, por exemplo, a Lei nº 11.430, de 26.12.06 (que acresceu os arts. 21-A e 41-A e deu nova redação ao art. 22 da Lei nº 8.213/91), e a Lei nº 12.382, de 25.02.2011 (que dispõe sobre diretrizes de valorização do salário-mínimo) já lançam mão de tal indexador.

O Ministro Castro Meira do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão na Execução em Mandado de Segurança 11.761/DF (2008/0132683-2), em 27.05.2013, com o seguinte teor, examinando questão decorrente do posicionamento do STF:

“Corretos são os cálculos apresentados pela CEJU, porquanto, além de ter sido o IPCA-E o índice empregado na conta homologada, olvida-se a União de que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.357/DF, em 14.03.2013, declarou a inconstitucionalidade, por arrasto, das expressões ‘independentemente de sua natureza’ (para efeito de correção monetária) e ‘índices oficiais de remuneração básica’, contidos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09.

Significa dizer que, no tocante à correção monetária, mesmo a partir de julho/09 continuará sendo adotado o IPCA-E-IBGE, e não mais o índice previsto no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.”

Destacamos, para fins de esclarecimento da referida decisão, que a pretensão deduzida pela União era no sentido de continuidade da aplicação da TR.

Assim, entre tantos índices, haverá de se eleger aquele que melhor reflita a perda do poder aquisitivo do credor trabalhista, tarefa urgente que está a exigir a reflexão e o debate de todos os operadores jurídicos e da comunidade trabalhista em geral.

# O RETORNO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO

Murilo C. S. Oliveira\*

## INTRODUÇÃO

Nos 70 anos da CLT, foi noticiado que metade dos trabalhadores brasileiros não possui registro empregatício (SOUZA, 2013). Na Justiça do Trabalho, perdura, desde sua criação, o contingente de milhares de novas reclamações trabalhistas em que o Reclamante almeja ser reconhecido como empregado e, assim, obter os direitos trabalhistas. Nesses percalços, a chave de acesso para a relação de emprego e a proteção trabalhista vem sendo hegemonizada pela noção de subordinação jurídica, embora esse critério enfrente dilemas e problemas avassaladores, que transitam pelas ideias recentes de parassubordinação, subordinação estrutural, subordinação estrutural-reticular, subordinação telemática, entre outras.

No enfrentamento dos problemas atuais de operacionalização do conceito de empregado, percebe-se que a marca da sujeição hierárquica do trabalhador foi atenuada ou diluída pelas dinâmicas de gestão do trabalho mais flexíveis, tornando mais difícil – pelo olhar tradicional – visualizar o mesmo assalariado, por força dos seus novos epítetos, como o (antigo) empregado. O novo do modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado. Nisso, a novidade verificável é a renovação disfarçada do velho, na tentativa de fuga de um marco legal (e seus custos) de proteção trabalhista.

Fora da noção clássica de “subordinação jurídica”, os trabalhadores dependentes envolvidos em situações atípicas de trabalho são excluídos da tutela legal da relação de emprego. Entretanto, a realidade desses dependentes desprotegidos repete o problema da excessiva exploração do trabalhador, que culminou no surgimento do direito do trabalho, embora o faça através de formas distintas da relação de trabalho subordinado clássica. Não obstante, tem-se indubitavelmente repetida a condição originária trabalhista: uma parte

---

\* Juiz do Trabalho na Bahia e professor adjunto da UFBA, especialista e mestre em Direito pela UFBA, doutor em Direito pela UFPR, membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.

hipossuficiente que carece de proteção legal ante ao poder econômico do seu tomador de serviços.

Diante dos problemas do conceito clássico da subordinação jurídica e das situações paradoxais de trabalho dependente não subordinado, a dependência econômica tem sido novamente cogitada como nota distintiva do direito do trabalho. Por consequência, parcela da doutrina nacional e estrangeira cada vez mais se vale da antiga ideia de dependência como critério mais pertinente para o enfrentamento das situações atuais de trabalho. O critério, outrora renegado e tido como inaceitável pelo seu conteúdo extrajurídico, desponta novamente no debate doutrinário.

## HORIZONTE ESTRANGEIRO

No horizonte estrangeiro, o debate está franqueado, tendo a dependência econômica um lugar de destaque como alternativa ou mesmo complemento à subordinação jurídica. As novas figuras atípicas nas relações de trabalho são todas envoltas pelo estado de dependência econômica que é de difícil enquadramento na clássica subordinação. O professor português José João Abrantes enuncia que: na Itália, a legislação valeu-se do epíteto “parassubordinado” (*il lavoro parasubordinato*); na Alemanha, designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (*arbeitnehmerähnliche person*), pois são prestadores de serviço economicamente dependentes (*tarifsvertragsgesetz*), também intitulados quase-trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados (2004, p. 94-95). O autor destaca que a ascensão dessas categorias atípicas vincula-se à situação de dependência econômica:

“Várias legislações têm tentado estender a protecção própria do ordenamento juslaboral a trabalhadores não juridicamente subordinados, mas economicamente dependentes, relativamente aos quais se impõe a mesma ideia de debilidade contratual nele presente. Trata-se aí de relações de trabalho formalmente autônomas que se encontram materialmente próximas das relações de trabalho subordinado, induzindo idênticas necessidades de protecção. São aquelas relações em que o trabalhador se encontra economicamente dependente daquele que recebe o produto da sua actividade – acabando a autonomia por assumir aí um carácter marcadamente formal (podendo ser encarada, não tanto como uma decisão do prestador de trabalho, mas antes como uma opção de gestão dominante).” (ABRANTES, 2004, p. 94)

Precisamente na Alemanha, como informa Sidnei Machado (2009, p. 125), discute-se uma nova dimensão da subordinação, relacionando-a a liberdade econômica, nisso muito semelhante à dependência econômica. O fator de risco empresarial e as oportunidades empresariais são indicativos de autonomia, ou seja, de ausência de relação de emprego, não sendo mais o controle e a fiscalização do trabalho os indícios fortes da ocorrência do vínculo empregatício.

Nessa trilha, o professor alemão Rolf Wank recupera o conceito de dependência econômica, almejando a ampliação do conceito de trabalho por conta alheia (SUPIOT, 1999, p. 53). A condição de dependente econômico, para essa doutrina alemã, seria decorrente da ocorrência de trabalho com pessoalidade, exclusividade e integrado à empresa alheia, desde que o trabalhador não detenha capital próprio. Nessa direção, alguns ordenamentos jurídicos vêm adotando a dependência econômica como critério da relação de emprego, a exemplo do Panamá e da África do Sul ou ainda da jurisprudência da Coreia do Sul e Grécia, que tem se valido desse critério para enfrentamento de situações difíceis, como reporta Lorena Porto (2009, p. 65-66).

Na península ibérica, a dependência econômica tem ocupado espaços importantes na legislação. O Código do Trabalho português elenca a presunção de relação de emprego em razão da dependência econômica, conforme seu artigo décimo. Já na Espanha, foi criado, em 2007, o “Estatuto del Trabajo Autónomo” visando cuidar da situação do “trabajo autónomo económicamente dependiente”, conferindo certa proteção ao trabalhador autônomo, embora estabeleça uma série de condicionantes para essa tutela, visando que esse trabalhador não se organize como uma empresa que utiliza trabalho assalariado. Apesar das críticas de artificialismo e enfraquecimento da definição de empregado, há análises positivas sobre a lei espanhola como a de Rodrigo Goulart:

“Em termos gerais, a nova lei basicamente regula o regime jurídico aplicável ao exercício dos trabalhadores por conta própria em todas as suas tipologias, comemorando-se a garantia de proteção social mínima a uma parcela de 10,56% da população economicamente ativa. O Estatuto espanhol foi considerado uma conquista da classe trabalhadora não empregada, pois viabilizaram-se direitos sociais a pessoas que, até então, eram consideradas, pela concepção tradicional, excluídas do âmbito de aplicação do direito do trabalho.” (GOULART, 2012, p. 54)

A definição da relação de trabalho tutelada na América Latina é realizada pelos critérios de subordinação ou dependência econômica.

“Contudo, os requisitos utilizados para ambos os termos são os mais diversos e, ainda, os indícios têm pesos distintos nas práticas jurisprudenciais. Por vezes, os termos subordinação e dependência são usados como sinônimos, ora com termos sem equivalência.” (MACHADO, 2009, p. 95)

No espectro da Organização Internacional do Trabalho – OIT, discute-se o problema do conceito de empregado e o seu campo de destinatários. No debate da 91ª Reunião da OIT em 2003, enfrentou-se a questão do “ámbito de la relación de trabajo” e, por consequência, as situações de “trabajo encubiertas o ambiguas” (OIT, 2010). No relatório do debate, afirma-se que “la dependencia económica, es cierto, no entraña subordinación en todos los casos, pero puede ser un criterio útil para determinar si un trabajador es un asalariado y no un empleado por cuenta propia” (OIT, 2010, p. 31-32).

A Recomendação nº 198 da OIT afirma o objetivo de tornar claras as definições em cada legislação nacional dos critérios de reconhecimento do vínculo de emprego, visando assegurar a proteção legal contra situações de trabalho “encubierto”. A norma da OIT define trabalho “encubierto” como uma relação de trabalho em que o empregador oculta sua natureza empregatícia, privando o trabalhador da proteção social que teria direito. Assim, enuncia a Recomendação internacional: “clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo”. Essas diretivas da OIT sinalizam as atuais dificuldades enfrentadas na definição de empregado perante as situações atípicas, indicando o resgate da dependência econômica.

No Brasil, Arion Sayão Romita, o mesmo autor que introduziu no país o conceito de subordinação objetiva, já sinaliza para a retomada da dependência econômica, afirmando que o atual contexto “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado” (ROMITA, 2004, p. 1.287). Da mesma forma, Marcus Kaufmann indica retorno da dependência: “(...) o cerne de toda questão está na passagem do direito do trabalho a partir de uma filosofia centrada na subordinação jurídica a uma filosofia em prol da dependência econômica (...)” (KAUFMANN, 2006, p. 238).

Com similitude, outra parcela da doutrina recupera a ideia, embora lhe remeta a função coadjuvante de conceito complementar à subordinação jurídica, ou seja, qualifica a dependência como critério auxiliar. A dependência econômica funciona, para Sidnei Machado, como critério supletivo, sustentando que

esta não tem autonomia suficiente para ser o critério distintivo da relação de emprego, em razão de sua imprecisão (MACHADO, 2009, p. 127).

Lorena Porto entende a dependência existente atualmente como apenas socioeconômica, eis que já superada a dependência técnico-funcional e pessoal. Sua explicação para a dependência socioeconômica é a seguinte:

“A dependência técnico-funcional e pessoal, isto é, a sujeição à heterodireção intensa e constante, representou apenas o modo, historicamente condicionado por um certo grau de desenvolvimento das técnicas produtivas, de utilizar a prestação laborativa de sujeitos em condição de dependência econômico-social. Naquela época, o modo mais simples, eficiente e rentável para as empresas de utilizar esses trabalhadores era submetê-los a uma estrutura hierárquica e rígida, segundo o cânon da heterodireção. Todavia, atualmente, deixou de sê-lo, em razão das mudanças na economia e no modo de produzir. O que, no entanto, permaneceu inalterada foi a relação substancial de dependência socioeconômica entre os sujeitos.” (PORTO, 2009, p. 229)

### DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E ONTOLOGIA TRABALHISTA

A condição de dependente do trabalhador é indiscutivelmente a causa e a razão de ser do direito do trabalho. Com efeito, é o traço da dependência o constitutivo da singularidade do juslaboralismo, haja vista que seu caráter protetivo, limitador da exploração deste trabalho, é o caractere que o distingue das demais disciplinas das relações privadas. Serve, então, como medida de garantia de civilidade a uma relação econômica que é estruturalmente injusta e desproporcional. O direito do trabalho destina-se àqueles que somente têm a força de trabalho como possibilidade de vida e, assim, como serem dependentes daqueles que lhes ofertem um salário.

A justificação histórica e ontológica da criação de uma tutela legal para as relações de trabalho é a condição essencialmente dependente do trabalhador assalariado para com o Capital. Em razão da apropriação pelo Capital sobre o resultado do seu trabalho, por receber valor (bastante) inferior ao que produz, por, principalmente, estar previamente ligado pelos fios invisíveis do desposuimento e reforçado pelo temor do desemprego, o trabalhador depende estruturalmente da venda de sua força de trabalho e, portanto, é impelido a alienar-se para sobreviver.

Por essa razão, o critério da dependência econômica detém uma força histórica marcante no direito do trabalho, como delimitação conceitual jurídica

da condição de assalariado. Notadamente por reconhecer essa posição inferior oriunda de uma situação de exploração econômica, o regramento jurídico que surgia não poderia adotar outro perfil, senão aquele de limitação dessa exploração, como vaticina José Martins Catharino:

“A força do critério está na história, pois não nos é possível separar de emprego da evolução econômica, da produção sob o regime da empresa. O direito do trabalho surgiu, precisamente, para compensar desigualdades econômicas. Para reduzir a coação econômica, viciadora da vontade dos mais fracos em face dos economicamente poderosos. Surgiu como instrumento jurídico de reação contra o *status quo* implantado pelo capitalismo desenfreado, e com nítida finalidade humanitária.” (CATHARINO, 1982, p. 201-202).

Dependência econômica e proteção trabalhista são, assim, ideias inter-relacionadas e fundadoras da própria ontologia do direito do trabalho. “O direito do trabalho foi criado para proteger os economicamente fracos, os que vivem dos seus salários, sem nenhuma outra fonte de renda (...)” (MORAES FILHO, 1994, p. 141). Esses sujeitos economicamente fracos, cuja leitura jurídica de Cesarino Júnior lhes define como hipossuficientes, são aquelas pessoas não proprietárias, que dependem da sua força de trabalho para lograr sua sobrevivência e de sua família. Logo, pensar no sujeito do direito do trabalho – o assalariado – é pensar no sujeito dependente econômico. É este o notório conceito de hipossuficiente de Cesarino Júnior:

“Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes. Aos proprietários de capitais, imóveis, mercadorias, maquinaria, terras, chamamos de hiperssuficientes. Os hipossuficientes estão, em relação aos autossuficientes, numa situação de hipossuficiência absoluta, pois dependem, para viver e fazer viver sua família, do produto do seu trabalho. Ora, quem lhes oferece oportunidade de trabalho são justamente os autossuficientes.” (CESARINO Jr., 1980, p. 44-45)

Esses traços de desigualdade e coação implícita legitimam uma política protecionista em favor dos sujeitos da relação formal de emprego, isto é, foi a condição de dependente do assalariado que fundamentou a proteção trabalhista. A justificativa para a proteção trabalhista não é o conteúdo do contrato de trabalho, mas a condição do sujeito que contrata (MACHADO, 2009, p. 27). É sua condição de dependente econômico – e não por força da sujeição hierárquica pessoal, fiscalização do horário ou do local de trabalho ou mesmo pela direção técnica – que se justifica ontologicamente um sistema trabalhista protetivo. É

a mesma condição de dependente que explica a recorrente tentativa teórica de ampliar o conceito de empregado para contemplar os outros dependentes não subordinados, a exemplo da parassubordinação.

Como raiz da ontologia juslaboral, encontra-se a inseparabilidade entre o trabalhador e sua força de trabalho. A natureza personalíssima da relação de trabalho subordinado decorre da impossibilidade fática de separação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador, ou mesmo sua confusão. “O sujeito da relação emprega não só suas energias físicas, que não são por si mesmas um objeto descartável do ente humano, mais ainda investe a própria pessoa humana, como fonte permanente da qual emanam aquelas energias” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 11). Por isso, o contrato de trabalho e seu sistema jurídico lidam diretamente com a condição humana, manifestada na prestação do labor.

A oferta de trabalho, na forma de assalariamento capitalista, resulta em exploração da própria pessoa, porque se manifesta como apropriação alheia do trabalho daquela. Perante as situações de excessiva exploração do trabalho humano, a ontologia juslaboral foi criada almejando combater a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do direito do trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais, embora persista sua função geral de legitimar esta exploração capitalista.

Enfim, a dependência econômica é o fundamento histórico social da criação de um sistema jurídico tuitivo, em franca ruptura com o então prevalente princípio da igualdade num contexto social iluminista e individualista. É a compreensão interdisciplinar que sustenta o particularismo e a singularidade do direito do trabalho diante das disciplinas civilistas até então marcadas pela igualdade considerada apenas formalmente, rejeitando o regramento da relação de trabalho tão somente como uma mercadoria.

Apesar dessa importância histórica e ontológica, entendeu-se que a dependência econômica era tão somente a causa “pré-jurídica”, nada além disso. Estando fora da seara jurídica, não poderia, então, servir como critério jurídico, sob pena de ofensa ao puritanismo conceitual positivista. Há inexplicável paradoxo nessa rejeição de importância e utilidade. A dogmática jurídica positivista, trabalhando com conceitos operacionais abstratos e gerais, possibilita a indiferença do mundo jurídico ante a realidade social, pois trata os conflitos de

forma universalista, neutra e abstrata, desprezando os componentes históricos, sociológicos, econômicos e políticos do mesmo fenômeno.

Sendo a dependência econômica a causa sociológica, econômica e histórica do assalariamento, não pode ser ela a causa jurídica, pois esta última ciência teria hipoteticamente uma epistemologia própria sobre os fenômenos reais e, assim, rejeita a contribuição de qualquer outro saber, numa pretensa neutralidade. Mais uma vez o positivismo jurídico ataca o conceito de dependência econômica com argumentos epistemologicamente inconsistentes, ocultando uma ideologia conservadora, que naturaliza as relações econômicas de exploração quando oculta seu fundamento e sua causa.

Noutro sentido, a dependência econômica é, de igual modo, o fundamento da expansão do direito do trabalho. “O expansionismo do direito do trabalho manifesta-se em sua tendência de alargamento de suas fronteiras, (...) se explica essencialmente pelo fato de ser o direito do trabalho uma legislação de proteção aos economicamente débeis” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 33). Na busca pela proteção dos sujeitos em debilidade econômica, o direito do trabalho empreende um histórico de recorrente alargamento do campo dos seus destinatários.

Da história e da ontologia, confirma-se que a tutela do trabalho sempre foi legitimada socialmente pela condição hipossuficiente do trabalhador. E a medida dessa hipossuficiência – de quem trabalhar para outrem – é justamente a dependência econômica. É a razão histórica e ontológica que justifica e legitima o modelo de proteção do direito do trabalho em favor daquele sujeito não proprietário que vende sua força de trabalho, pela sua prévia condição de dependente econômico.

## A EPIDERMIS DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

À primeira vista, a dependência econômica significaria a situação do trabalhador que tem na remuneração recebida a condição de sobrevivência. Isto é, há dependência econômica quando o trabalhador, em troca da prestação de serviços, obtém remuneração que lhe permita o seu sustento e de sua família. O perfil daquele sujeito que vive da venda do seu trabalho seria a primeira tradução jurídica para o conceito de dependência econômica. Albergados pela dimensão ampla da dependência econômica, quando comparada com a subordinação jurídica, os trabalhadores a domicílio e aqueles envolvidos numa falsa empreitada ou falsa parceria foram incluídos no campo de proteção trabalhista, na concretização do movimento expansionista do direito do trabalho.

Etimologicamente, a expressão “dependência” transita por *subordinação*, *sujeição*, *carente de proteção*, daí haver substrato semântico para os paralelismos e sinonímias entre dependência e subordinação. Segundo Antônio Houaiss, o significado do verbete acima é “estado ou qualidade de dependente; subordinação; sujeição” ou “necessidade de proteção, amparo, arrimo” (2009, p. 616). Já o sentido jurídico do termo *dependente* indica, “pessoa que carece das condições financeiras necessárias para custear sua subsistência e, que para efeitos legais, depende de outra” (HOUAISS, 2009, p. 616).

Ocorre que esta noção primária é demasiadamente vaga. Tanto os assalariados como os empregadores que dirigem suas empresas vivem necessariamente do seu trabalho, não havendo nenhuma distinção entre estes pelo fato da necessidade de obter, pelo emprego de sua energia individual, remuneração que lhe sirva para satisfazer as necessidades e desejos. Há, então, um primeiro refinamento da concepção de dependência econômica a fim de se preservar o conteúdo do trabalho assalariado.

Corrigindo a vagueza primária, a doutrina jurídica elenca requisitos internos ao próprio conceito de dependência econômica. O primeiro autor a empreender esta delimitação conceitual foi o francês Paul Cuche em 1913, embora haja notícia de utilização jurisprudencial, de modo excepcional, da dependência econômica na Alemanha visando à proteção de certos trabalhadores (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 137). Dizia Paul Cuche que “Ha dependencia economica (*sic*) quando, de um lado, aquelle que fornece o trabalho d'elle tira seu único ou, pelo menos, seu principal meio de subsistencia, enquanto que, de outro lado, aquelle que o paga, utiliza, inteira e regularmente, a actividade do que o fornece” (apud LACERDA, 1939, p. 20).

Para Cuche, a dependência econômica decorria de dois requisitos inseparáveis. Primeiro, o trabalho deverá ser a única ou principal fonte de sobrevivência do trabalhador, conferindo ao serviço prestado a condição para o seu sustento. Segundo, o empregador deve absorver de forma regular e integral os serviços prestados pelo trabalhador, havendo, portanto, a inserção e exclusividade do trabalho deste na empresa. “Em verdade, estes requisitos se reduzem em um só: que o trabalhador ganhe a vida com o trabalho que executa em proveito de quem lhe paga” (GOMES e GOTTSCHALK, 2005, p. 135). Em síntese, o trabalho do obreiro lhe garantiria prevalecentemente sua subsistência e seria exclusivo em favor de um tomador.

Um outro autor francês, Alexandre Zinguerévitch, formulou um conceito mais amplo de contrato de trabalho, a partir dos traços mais gerais da dependência econômica, enfocando especialmente a questão da privação da

liberdade econômica. O pressuposto de Zinguerévitch era “(...) o que caracteriza essencialmente as relações entre o patrão e o empregado é estado de fraqueza e dependência econômica, no qual se encontra o segundo em relação ao primeiro” (1936, p. 28). Logo, quem não pode trabalhar para si mesmo e, assim, precisa fornecer seu trabalho para outro é economicamente fraco. Seriam, então, dependentes aqueles sujeitos “privados de liberdade econômica” (ZINGUERÉVITCH, 1936, p. 32).

Como resposta às críticas, muitos autores aderiram à justaposição da dependência econômica à subordinação jurídica. Cabe notar que o próprio Paul Cuhe referia-se à dependência econômica como um critério adicional à subordinação jurídica, enquanto que Alexandre Zinguerévitch atribui à subordinação um papel complementar à dependência que seria a principal (ZINGUERÉVITCH, 1936, p. 147); ou seja, tanto a subordinação como a dependência funcionariam, alternativamente, para a definição do conceito de empregado.

Arelada à aparência primária da dependência econômica, a doutrina juslaboral teceu diversas críticas a esse critério, concluindo pela sua imprestabilidade. Embora se reconheça seu valor histórico e funcionalidade nos primórdios da revolução industrial, a dependência econômica (supostamente) não coaduna com os tempos modernos, seja pela imprecisão, pela extrajuridicidade ou pela inconsistência diante de certas situações.

A primeira negativa à dependência econômica provém do seu caráter extrajurídico. Essa fundamentação alheia ao direito é colocada pela doutrina jurídica como um demérito, pois o conceito não foi formulado nos precisos e completos marcos conceituais do direito. Além do equívoco epistemológico advindo do positivismo que sustenta essa crítica à extrajuridicidade, há uma pretensão subliminar de completude do sistema jurídico que, assim, não pode admitir critérios que não sejam autossuficientes no próprio direito. Outrossim, esta compreensão encerra contradição quando reconhece que a dependência econômica é a causa real do fenômeno social; constituindo sua base, todavia, esse reconhecimento como causa e base não permite que lhe seja também reconhecido como “suporte fático-jurídico” da relação de emprego.

Uma segunda crítica faz referência a profissional autônomo que labora com exclusividade para um único tomador, havendo aí dependência econômica sem caracterizar a relação de emprego. Com efeito, pode-se afirmar que estes trabalhadores não são realmente autônomos, uma vez que têm seu trabalho totalmente absorvido pela empresa, tal como concebe a teoria objetiva da subordinação jurídica na versão de “integração”, ou seja, a crítica é falsa, pois não há autonomia, mas, sim, dependência e, conseqüentemente, relação de emprego.

Insistindo argumentativamente nessa crítica, ao reiterar que não se trata de falsa autonomia, pode-se replicar que esta definição de dependência econômica – “depender de pagamento” – é apenas a camada externa do conceito, sendo uma compreensão insuficiente. A dependência econômica, no seu interior, abaixo da superficialidade, diz respeito a ter seu trabalho expropriado e não a viver da remuneração. Importa apurar se esse sujeito dito autônomo, como condição de uma legítima autonomia, é o proprietário do resultado do seu trabalho, não havendo relevo no fato de vender seu produto ou serviço a único tomador. Tanto essa crítica como a concepção de dependência atacada são epidérmicas, não merecendo, portanto, convalidação.

A terceira crítica advém de um cenário hipotético em que o empregado é mais rico do que seu empregador, cuja situação há subordinação, mas não dependência. A princípio, o cenário da crítica é quase fictício, cabendo a indagação de quantos empregados estão nessa situação afortunada. A crítica, então, inicia-se numa pressuposição idealista, porque pouco considera a realidade concreta e sua manifestação cotidiana.

Ainda assim, cabe endossar o exercício de imaginação e reiterar a dúvida: teria mesmo o empregado mais propriedade do que a empresa que trabalha? Caso a resposta fosse afirmativa, seria lógico que o sujeito, com possibilidade de comprar uma empresa decidisse, ao inverso, vender seus serviços em manifesto prejuízo econômico? A resposta positiva significaria que o sujeito iria preferir economicamente a redução do seu patrimônio, em manifesta ofensa à lógica capitalista de acumulação. Essa opção, justamente pela irracionalidade diante da dinâmica do sistema, não merece aceitação, porque nega a razoabilidade na vontade do sujeito.

A quarta crítica remete-se à exclusividade, que também se apresenta como uma consequência superficial do fenômeno. Quem vive de salário deve, por suas necessidades vitais, buscar o número máximo possível de tomadores, a fim de garantir sua sobrevivência. A necessidade de vender-se a mais de uma empresa é, ao contrário, reforço da debilidade econômica do trabalhador que não consegue encontrar os meios de subsistência satisfatória em um único empregador, quando lhe é fisicamente possível trabalhar para diversos tomadores. Note-se que esse é o exemplo sintomático do avulso que precisa, necessariamente, de diversos tomadores para realizar sua sobrevivência.

Todas as críticas acima foram responsáveis para a rejeição do critério da dependência econômica como nota distintiva da relação empregatícia. Uma vez que atreladas apenas à conceituação superficial da dependência econômica, tais críticas são infundadas, pois não abordam a essência da questão da apropriação

do trabalho por outrem, tampouco reconhecem a potencialidade teórica de uma análise interdisciplinar.

São críticas frágeis, eis que desconhecem que o conceito de dependência gravita em torno da oferta de trabalho (venda necessária – falsa liberdade) e o benefício proveniente da apropriação alheia deste trabalho. Logo, diferentemente do que diz a doutrina, o conceito de dependência econômica não é inadequado ou falho por ser extrajurídico, tanto que vem sendo retomado. Urge, portanto, transpor essa visão epidérmica, para começar a entender com profundidade interdisciplinar a noção de trabalho dependente.

## REFAZENDO A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO DEPENDENTE

Se a dependência econômica tem sido, até então, enfrentada sobre seus aspectos superficiais e igualmente criticada pelos problemas oriundos desta aparência, é premente romper com essa análise epidérmica. O aprofundamento da noção de dependência implica refazer, agora com o esteio numa compreensão interdisciplinar e crítica, uma delimitação jurídica do trabalho assalariado. Almeja-se resgatar a sinonímia integral entre trabalhador assalariado e trabalhador dependente.

O primeiro elemento dessa delimitação jurídica é reconhecer que o poder – e sua consequência potencial de subordinar os trabalhadores – de uma empresa capitalista decorre da sua propriedade. Retomando Karl Marx, vê-se que “o capitalista não é capitalista por ser dirigente industrial, mas ele tem o comando industrial porque é capitalista” (2006, p. 385). O capitalista comanda a empresa em nome da propriedade de que é titular. Por ser o sujeito proprietário, pode-se afirmar como o comandante da empresa. Por decorrência, o poder diretivo é mera consequência da produção capitalista, e não sua qualidade distintiva.

O fundamento central da relação de trabalho é a propriedade, precisamente porque o caráter singular dessa relação é o intercâmbio entre proprietários e não proprietários. Entretanto, essa questão é ocultada no direito do trabalho. A ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e naturalizadora dessa relação entre proprietário e não proprietário. O jovem Orlando Gomes, conjugando as contribuições de La Cueva e Sinzeheimer, aponta que o direito de propriedade funda uma situação de poder do empregador sobre o empregado. Convém reproduzir o elucidativo trecho:

“É fato incontroverso que a propriedade não confere apenas um poder sobre as coisas, mas, também, sobre os homens. Nos domínios da

produção de riqueza, esse poder do proprietário concretiza-se, juridicamente, em um conjunto de faculdades através de cujo exercício faz sentir sua autoridade sobre os trabalhadores, isto é, sobre os homens que, não podendo ser proprietários de meios de produção, põem, à disposição dos que podem, a sua força-trabalho.” (GOMES, 1944, p. 119)

O contrato de trabalho aparece, então, como o momento jurídico de legitimação da subordinação, embora antes mesmo de contratar, o trabalhador já é dependente por não ser proprietário. Sendo o assalariado um sujeito despossuído – por ausência de propriedade capaz de lhe permitir atuar como empreendedor –, fica “livremente” impelido a vender sua força de trabalho. O desposseuimento é que demarca sua condição de dependente e não o fato de depender de salário.

A relação de dependência do assalariado para com a empresa é prévia ao contrato de trabalho e estrutural na sociedade capitalista, na medida em que a força de trabalho somente se realiza quando vendida ao capital. Seu destino dirige-se estruturalmente à alienação em favor do empregador sob a condução sutil dos fios invisíveis da teia capitalista. O trabalho desconectado da propriedade no mundo capitalista reduz o sujeito trabalhador a apenas força de trabalho, ou seja, a algo a ser vendido como mercadoria em troca de salário. Infere-se aí que o viver do salário é a consequência do ser despossuído e não a própria condição de dependente.

A direção dos serviços não é condição essencial para existência de trabalho dependente, embora seja uma das consequências mais habituais. O exemplo do vendedor externo ou do trabalhador intelectual é emblemático no sentido de demonstrar que nem todo trabalho assalariado é heterodirigido. Por isso, é a condição de proprietário dos meios de produção que legitima o comando do capitalista e não a situação inversa. O poder insito à propriedade dos meios de produção explica como pode ocorrer trabalho por conta alheia sem a direção dos serviços. Há casos em que o empregador é o dono do resultado do trabalho sem necessitar exercer o comando.

O segundo elemento é a pseudoliberalidade de trabalho. A despeito das liberdades discursivas do capitalismo, aos despossuídos cabe a “livre” única opção de vender sua força de trabalho. A liberdade de trabalho dos que não têm substancial propriedade é inócua: se não tem como possuir meios de produção, sempre tem que se vender. Nesse primeiro sentido, ela é totalmente inexistente.

Conjuntamente com o poder do capitalista baseado em sua propriedade, o assalariado é o sujeito privado de real liberdade. O capitalismo dissocia os

fatores de produção (capital *versus* trabalho) e, conseqüentemente, sempre força o trabalhador a vender seu trabalho, salvo quando o trabalhador é titular do capital, situação em que ele já é o próprio capital. O capital afasta inicialmente o trabalho dos meios de produção, mas simultaneamente força a venda de trabalho como condição de sobrevivência.

Adiante, num segundo sentido, a liberdade de trabalho é deveras pequena, embora existente quando o empregado pode ter alguma escolha de aonde oferecer seu serviço. Em momentos de grande crescimento econômico, a força de trabalho, valorizada pela larga procura, tem alguma liberdade: vender-se para empregador *A* ou empregador *B*, conforme o maior quinhão prometido. Nesse modelo societal, a liberdade plena de trabalho teria que pressupor a real capacidade de todo trabalhador acessar a condição de empresário, ou seja, a verdadeira liberdade justificaria que a condição de empregado fosse uma real e livre opção do trabalhador, mas nunca uma necessidade de sobrevivência.

Infere-se que, no capitalismo, o homem trabalhador não mais vende mercadoria (produto do trabalho), mas é a sua força que é comercializada. Dissocia-se, com evidência, o feitor do trabalho e o proprietário do resultado, situação que até então era coligada. O autônomo é aquele que é proprietário da matéria-prima e do resultado do trabalho, sendo que nele foi empregada sua força. Assim, o autônomo tem liberdade para quem vender e não somente se vincula a um único tomador. Aqueles que têm capital razoável para instituir e dirigir sozinhos suas empresas, mas que preferem seguir certos modelos de parceria (franquias, contratos de prestação de serviços, parceiros capitalizados, entre outros), são, por opção, sócios do capital, não sendo dependentes econômicos. É essa a distinção da dependência econômica com a subordinação objetiva que incluiria essas pessoas integradas a um processo produtivo.

Tudo isso leva a compreender o sujeito assalariado como sinônimo total de sujeito dependente, como aquele que tem seu trabalho apropriado pela empresa. Encontra-se o sujeito dependente como o ser despossuído e coagido a se vender como apenas mercadoria (força de trabalho). Nesse particular, a subordinação jurídica em nada capta a questão do assalariado e sua pseudoliberdade.

A dependência econômica, então, engloba a subordinação jurídica, sendo muito mais ampla do que esta, uma vez que, considerando os elementos prévios do assalariado, pode também considerar o trabalhador subordinado normalmente como dependente. O trabalho por conta alheia implica estado de dependência do trabalhador, o qual é “uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros, pertencem originariamente a pessoa distinta da que efetivamente

trabalha, esta se reserva um poder de direção ou de controle sobre os resultados (...)” (OLEA, 1969, p. 32).

O esqueleto geral do assalariamento é a relação de trabalho entre um proprietário e outro não proprietário, na qual há uma dependência estrutural e prévia do segundo para com o primeiro. É essa dependência prévia a tônica do regime do assalariamento, pois quem vende trabalho, e não mercadoria (vendida somente pelo proprietário), é assalariado. Quem vende trabalho é sempre subsumido ao seu comprador, pois vende algo que, por ser uma parte de um produto qualquer, somente se concretiza quando for vendida, isto é, quando colocada em ação na produção. A venda de trabalho (força de trabalho) é, assim, sempre dependente no capitalismo.

Com desenvolvimento econômico-social, a pobreza individual deixa de ser sinônimo de desposuimento. Associa-se, *prima facie*, assalariamento à pobreza individual, o que é um equívoco consoante análise aprofundada, uma vez que desposuimento não significa necessariamente miséria ou pobreza individual. Como na concepção clássica da dependência econômica, a epiderme do fenômeno foi caracterizada como o próprio fenômeno. O assalariado era inicialmente o sujeito desposuído universal, logo, sujeito pobre ou miserável. Entretanto, o atual assalariado não é necessariamente o sujeito inserido na situação de pobreza. A condição salarial transpõe, para alguns, a margem da pobreza, elevando-os à condição de classe média ou até de altos empregados. Nem por isso deixam estes de ser sujeitos dependentes econômicos.

A par dessa distinção entre pobreza e assalariamento, falar em desposuimento corresponde a afirmar que o sujeito, tendo algum patrimônio, não tem propriedade suficiente para montar sua empresa, ou seja, não detém os meios de produção. Embora tenha até um automóvel ou uma residência, o trabalhador não tem como viabilizar economicamente a constituição de uma empresa, o que lhe coloca numa relação social de venda compulsória de força de trabalho. Portanto, é preciso distinguir, novamente, que a dependência econômica atinge o sujeito pobre pauperizado e os demais sujeitos medianos (profissionais intelectuais, artistas, vendedores, técnicos, professores, entre outros) que também ocupam a posição social de assalariado.

Percebendo a dependência como prévia, estrutural e distinta de pobreza, cumpre firmar sua delimitação conceitual não mais pelas consequências do fenômeno do trabalho assalariado – como fez parcialmente a teoria da subordinação jurídica. Sabe-se que as definições construídas sobre as consequências dos fenômenos tendem a não captar a sua inteireza, como também a se esvaziar quando o mesmo fenômeno alterna seus efeitos.

O sentido da expressão “venda de força de trabalho” refere-se ao bem cuja utilidade econômica é restrita, por depender do seu acoplamento a um empreendimento, mais precisamente pela sua conjunção com a propriedade (meios de produção). Sendo o trabalho um elemento da empresa, seu destino é o de estar contido nesta. Nessa definição, é preciso realçar que o trabalhador dependente é exatamente aquele que, por ser despossuído, trabalha por conta alheia e, assim, não se apodera dos resultados desta entrega de trabalho. O trabalho por conta alheia origina o sujeito dependente como fundamento do direito do trabalho. Daí, forma-se, por simetria, o conceito de empresa como ente que se apropria dos resultados positivos e negativos – os riscos do negócio –, inclusive porque normalmente dirige a organização da empresa.

Nesse particular, dirigir a organização da empresa é um conceito muito mais amplo do que o estabelecimento da hierarquia e de sua faceta mais visível de “emitir ordens”. O ícone da empresa não é o mando, mas a propriedade. Mais importante do que dirigir os serviços – o que pode ser traduzido num controle contínuo da atuação do empregado – é estruturar e organizar os serviços, os quais poderão até ser executados sem esta reiterada direção (*vide* situação do vendedor viajante). Organizar a empresa diz respeito a estabelecer os rumos da atividade econômica, fixar a dimensão territorial de atuação, definir os preços dos bens e serviços que comercializa e, principalmente, ser juridicamente o proprietário do resultado do trabalho dos seus empregados.

A condição de dono não propicia a atuação como chefe emissor de ordens e fiscalizador, até porque este papel é cotidianamente atribuído aos seus gerentes e administradores. O dono cria e organiza, delega a direção aos altos-empregados, mas, sempre, é o proprietário da riqueza gerada pela força de trabalho que comprou. É isso o comando geral inerente a qualquer titular de empresa, sendo o modelo fordista apenas uma possibilidade dentre muitas, a exemplo das pós-fordistas, de dirigir a atividade da empresa.

A par disso, o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “dependen”. O verbo “dependen” – ação daquele que é dependente – deve privilegiar a semântica de “pertencer”, “estar contido” e “fazer parte” em detrimento da subordinação advinda do “estar sujeito” ou carecer economicamente (HOUAISS, 2009, p. 616). O empregado é dependente porque sua força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado.

## CONCLUSÃO: POR QUE “ECONÔMICA”?

A demarcação da dependência foi feita, até aqui, sem adjetivos, numa concepção generalizante. Todavia, é preciso fazer uma opção de recorte dessa ampla delimitação, visando enfatizar seu aspecto preponderante. A ênfase no aspecto econômico consiste no realce da força e do poder da propriedade. Fala-se em “econômica” para sempre lembrar que a causa e a continuidade do estado de dependente advém da apropriação alheia do trabalho, ocorrida em nome da propriedade.

A chave da compreensão crítica da dependência é, então, seu conteúdo econômico, como correlato à ausência de propriedade. Trata-se da percepção de que essa forma de trabalho dependente é estruturada pelas condições econômicas da sociedade capitalista. Em nome da propriedade, coage-se ao trabalho, como também, por força da propriedade, expropria-se a riqueza criada pelo trabalhador. Não é à toa que o centro do capitalismo converge à propriedade e não ao trabalho, embora seja o trabalho fundador da riqueza que se represa em propriedade.

Qualificar a dependência como econômica significa explicitar a natureza capitalista da venda da força de trabalho e seu consequente direito capitalista do trabalho, que na fuga conveniente do extrajurídico termina esquecendo suas imbricações econômicas. Almeja-se destacar que a manifestação concreta de vontade e a liberdade, no capitalismo, pressupõe um sujeito proprietário, sendo remanescente a coação e a restrição da vontade para os não proprietários. Daí, resta impraticável considerar como contratantes iguais na sua livre vontade negocial o empregado e o empregador, nas recorrentes tendências flexibilizantes de retorno da convalidação da autonomia privada.

Da mesma forma, objetiva rememorar que se os sistemas jurídicos pretendem concretizar o valor da dignidade humana, devem combater o poder veiculado pela propriedade, através de limitações constitucionais e legais. O ascendente solidarismo de uma Constituição-Dirigente, para lograr seu firmamento, precisa conter o capital. Nessa direção, deve-se, cada vez mais, fortalecer as limitações dos poderes dos proprietários, tal como ocorre com a “função social da propriedade”, direito do consumidor, Lei do Inquilinato e, ontologicamente, o princípio da proteção do trabalhador no direito do trabalho.

Nesses termos, os fios invisíveis da produção capitalista estabelecem a dependência antes do próprio contrato (coação para venda da força de trabalho), limitam as possibilidades de ocupação (dependência técnica) e, no sistema legal brasileiro, caracterizam a execução do contrato como intenso arbítrio sem

possibilidade de defesa imediata do trabalho (a dispensa sem justificação, a inexistência de direito de defesa perante a punição, as possibilidades de transferências já previstas em lei) e as demais condições de sonegação de direitos da precariedade brasileira. Por fim, quando da extinção contratual, muitos ainda temem reclamar na justiça, receosos do poder do ex-empregador em posterior perseguição (lista suja e informações desabonadoras).

A relação de trabalho assalariado perpassa, portanto, pelas ideias de propriedade, poder e sujeição. A propriedade confere poderes e obriga aqueles que são proprietários apenas de si a se sujeitarem, como condição de vida, ao trabalho para o outro. Em essência, a leitura jurídica do fenômeno social do assalariamento indica que o trabalhador vive sob “sujeição” porque atua conforme o interesse alheio, por falta de propriedade. Assim, a *dependência* equivale a “sujeição”, destacando o traço do poder nessa relação, enquanto a *econômica* elucida que o fundamento desse poder é a propriedade. Enfim, serve para que não se esqueça de que o direito do trabalho é, essencialmente, o direito capitalista do trabalho, que confere uma dita civilidade à expropriação do trabalho dos não proprietários.

Da raiz da dependência econômica, a condição do dependente pode se manifestar ora como sujeição hierárquica, como subordinação técnica, como integração na atividade-fim da empresa ou até como pobreza individual bem ilustrada na situação do trabalho com exclusividade para um tomador, exatamente porque todas essas circunstâncias são consequências possíveis daquele que não se apropria do resultado do trabalho. Na operacionalização dessa ideia ressignificada de dependência, articula-se uma racionalidade de abertura e amplitude conceitual, que transfere para o conceito de trabalho autônomo o padrão fechado da tipicidade. Na ruptura com o positivismo, afasta-se, igualmente, da pretensão de completude dos conceitos jurídicos, inclusive reconhecendo a inadequação de um conceito milimétrico que tende a ineficácia e obsolescência pela inovação, complexidade e pela processualidade histórica.

Como contraposição à ideia de dependência econômica, a autonomia é, então, advinda da titularidade sobre uma organização produtiva, ainda que seja diminuta, isto é, a existência de propriedade suficiente (e trabalho humano) para a constituição da ideia (ampla) de empresa é que caracteriza a autonomia. Infere-se que é justamente a propriedade que cria as condições para o exercício do poder de direção ou mesmo propicia sua delegação para os chefes, gerentes, entre outros.

No plano da legislação brasileira, a noção de dependência sem adjetivos foi desenvolvida no lugar de uma antiga sujeição hierárquica. A conceituação

legal de empregado surgiu somente com a CLT. Apesar da proposta de concentração, compatibilização e ordenação da legislação trabalhista existente dispersamente, os autores da CLT, em alguns momentos, tiveram que criar conceitos e regramentos, a fim de eliminar as lacunas, desvelando verdadeira pretensão codificadora. Foi justamente isso que aconteceu com os conceitos de empregado e empregador, até então imprecisos na legislação anterior à CLT.

É imperioso ressaltar que o diploma conhecido como “Lei dos 2/3 de brasileiros” (Decreto nº 20.291/1931, art. 6º) insinuava que os empregados eram todos que, em troca de remuneração, trabalhassem para outrem com subordinação a horário e fiscalização. Do comparativo CLT *versus* Decreto nº 20.291/1931, infere-se que a troca de “subordinação a horário e fiscalização” por “dependência” significou a eleição de conceito legal mais amplo do que o esboço anterior de subordinação hierárquica. Todavia, prosseguiu-se (e prossegue-se) lendo a CLT pelo conceito anterior e restrito, numa convalidação interpretativa do projeto rejeitado de Maximiano Figueiredo.

Disso, denota-se que o conceito legal de empregado, apesar de veicular uma noção ampla (“sob dependência”), foi, infelizmente, reduzido pelo conceito positivista e puritano de subordinação jurídica. Acredita-se que a dependência econômica seja um caminho muito mais fácil e efetivo para, no lugar da subordinação jurídica, conduzir à ampliação do conceito de empregado, até porque a ideia da dependência sempre esteve na CLT, mas quase nunca é vista. Para tanto, talvez fosse mais eficaz uma mudança de mentalidade e de olhares do que uma nova lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, José João. *Estudo sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- BARASSI, Ludovico. *Tratado del derecho del trabajo*. Tomo I. Buenos Aires: Alfa, 1953.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
- CESARINO Jr., Antônio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr; Universidade de São Paulo, 1980.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- GASPAR, Danilo. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal da Bahia. Salvador: UFBA, 2011.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador autônomo e contrato de emprego*. Curitiba: Juruá, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por uma nova dogmática do direito do trabalho: implosões e perspectivas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 2, p. 226-249, fev. 2006.

LACERDA, Dorval. *O contracto individual de trabalho*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva, 1939. v. 1.

MACHADO, Sidnei. *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. São Paulo: LTr, 2009.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. Livro I. v. 1.

\_\_\_\_\_. *O capital: crítica da economia política*. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. Livro I. v. 2.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho (formação histórica e natureza jurídica)*. São Paulo: LTr; EDUSP, 1994. p. 77-96. (Edição fac-similada).

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. A resignificação da dependência econômica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 210-237, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/29616>>.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1.287-1.298, nov. 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. II.

\_\_\_\_\_. *A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Supersubordina%C3%A7%C3%A3o%20-%20Invertendo%20a%20L%C3%B3gica%20do%20Jogo%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SOUZA, Marcelle. *CLT completa 70 anos e direitos básicos ainda são ignorados*. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/economia/2013/05/01/clt-completa-70-anos-e-direitos-basicos-ainda-sao-ignorados.htm>>. Acesso em: 1º maio 2013.

ZINGUEREVITCH, Alexandre. *La notion de contrat de travail*. Paris: Pedone, 1936.

# A SÚMULA Nº 443 DO TST E A REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV OU DE OUTRA DOENÇA GRAVE

Raquel Betty de Castro Pimenta\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A proteção jurídica contra a discriminação em matéria de emprego advém não apenas de normas legais, mas é concretizada também através de entendimentos jurisprudenciais que, a partir da teleologia traçada pelos preceitos constitucionais e por tratados internacionais, aplicam em casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário o princípio da não discriminação.

Desse modo, a partir dos preceitos gerais que vedam qualquer forma de discriminação para efeitos de acesso ou manutenção da relação de emprego, situações específicas relativas à discriminação contra portadores de doenças graves, entre elas o HIV e a AIDS, passaram a ser disciplinadas pela via jurisprudencial. Registre-se, a esse respeito, que a jurisprudência é fonte do direito do trabalho, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução nº 185/2012, editou a Súmula nº 443, que dispõe acerca da presunção de discriminação na dispensa de empregado portador de doença grave, afirmando o seu direito à reintegração ao posto de trabalho ante a nulidade do ato. Eis o seu inteiro teor:

“Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Resolução nº 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

---

\* Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho italo-brasileiro pela UFMG e pela Università di Roma Tor Vergata; bacharel em Direito pela UFMG, recebeu, na ocasião de sua formatura, o Prêmio Messias Pereira Donato, por destaque em Direito e Processo do Trabalho, e o Prêmio José Carlos da Mata Machado, por destaque na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

O presente trabalho aborda o tema contido no novo entendimento jurisprudencial consolidado, que reflete tendência jurisprudencial de se presumir discriminatória a dispensa imotivada de trabalhadores portadores de doenças graves.

## 2 – DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV E OUTRAS DOENÇAS GRAVES

“Doenças sempre *serviram* para práticas discriminatórias”, como ensina Luiz Otávio Linhares Renault (2010, p. 118). A condição de ser portador de uma doença grave, muitas vezes incurável, acarreta um tratamento diferenciado, podendo provocar a segregação do doente do corpo social.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (identificada pela sigla AIDS, do inglês *Acquired Immunodeficiency Syndrome*) é uma doença crônica, que ataca o sistema imunológico, possibilitando o desenvolvimento de infecções oportunistas, que podem levar a diversos distúrbios de saúde graves e à morte. A AIDS é o estágio avançado da doença causada pelo vírus da imunodeficiência humana, o HIV (do inglês *Human Immunodeficiency Virus*)<sup>1</sup>.

Ser portador do vírus HIV não é sinônimo de ter a AIDS. Conforme informações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013), há muitos soropositivos (portadores de HIV) que vivem anos sem apresentar sintomas ou desenvolver a doença.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, de acordo com o estágio de desenvolvimento da doença provocada pelo vírus HIV, decorrem diferentes graus de capacidade laborativa, que correspondem a tratamentos jurídicos diversos. Quando já está plenamente instalado o quadro infectocontagioso da AIDS, isto é, no estágio avançado da doença provocada pelo vírus HIV, o paciente é acometido por diversas infecções e doenças oportunistas, o que acarreta a necessidade de afastamentos para tratamento de saúde, ou até mesmo sua aposentadoria por invalidez. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que trata dos

---

1 Assim como ocorre com o HIV e a AIDS, os portadores de outras doenças graves, como hepatites, hanseníase, tuberculose, herpes e tantas outras, também sofrem discriminação em virtude de suas doenças. O presente trabalho se concentrará no exame das questões que envolvem o HIV e a AIDS, sem deixar de mencionar as situações em que se pode dar aos portadores de outras doenças graves o mesmo tratamento jurídico.

Planos de Benefícios da Previdência Social, menciona expressamente a AIDS como motivo para concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez independentemente de carência, quando contraída após a filiação ao Regime Geral de Previdência Social<sup>2</sup>.

Assim, o empregado aidético faz jus à proteção das normas previdenciárias, nos casos em que a doença, já instalada, provoca incapacidade para o trabalho de forma permanente – possibilitando sua aposentadoria por invalidez – ou temporária, por período superior a 15 dias – caso em que há a concessão do auxílio-doença.

Nos períodos de afastamento para tratamento inferiores a 15 dias, aplicam-se as normas trabalhistas atinentes aos afastamentos por motivo de saúde, configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho (uma vez que, nos termos do art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91, incumbe ao empregador o pagamento dos salários durante os primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença).

No entanto, quando o empregado é portador do vírus HIV de forma assintomática, não tendo desenvolvido a AIDS, esta condição não influencia de forma contundente na sua capacidade laborativa.

Luiz Otávio Linhares Renault ressalta que a condição de soropositivo nem sempre acarreta a impossibilidade de prestação de serviços, podendo o paciente continuar a exercer seu trabalho sem riscos para os companheiros de trabalho e para a sociedade em uma vasta gama de atividades.

A Organização Mundial de Saúde, em associação com a Organização Internacional do Trabalho, em 1988, através da Declaração Conjunta da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, deixou claro que, na grande maioria dos ofícios e profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para o outro, seja de um empregado para um cliente (BARROS, 2007, p. 10).

De acordo com Luiz Otávio Linhares Renault, “é óbvio que algumas atividades poderiam ser preservadas, não como áreas proibidas ou intocáveis,

---

2 Lei nº 8.213/91: “Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); *síndrome da deficiência imunológica adquirida – AIDS*; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada” (grifo nosso).

porém sujeitas a um maior cuidado médico-científico” (2010, p. 119). Nessas áreas em que o próprio trabalhador doente pode estar sujeito a maiores riscos de agravamento de sua condição de saúde, ou em que, pela natureza da atividade, possa haver algum risco de contaminação de terceiros – como em atividades da área da saúde em que haja o manuseio de materiais perfurocortantes –, é caso não de rescisão do contrato, mas, sim, de se promover a readaptação funcional do trabalhador para outras funções ou tarefas em que os riscos sejam afastados ou minimizados<sup>3</sup>.

Assim, com base nas lições de Oscar Ermida Uriarte (1993, p. 49), o princípio de não discriminação impõe que os trabalhadores que já desenvolveram a AIDS e enfermidades conexas devem ser tratados como quaisquer outros trabalhadores enfermos, ao passo que os trabalhadores soropositivos assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro trabalhador saudável.

No entanto, mesmo inexistindo risco de contágio ou qualquer incapacidade laborativa, a mera condição de ser portador da doença estigmatizante já submete o trabalhador soropositivo a tratamentos diferenciados e a segregação no ambiente de trabalho por parte do empregador, e até mesmo pelos próprios colegas.

Isso decorre principalmente pelo desconhecimento acerca das formas de transmissão do vírus e pelo estigma moral que reveste a contaminação, já que há a identificação do soropositivo como com uma vida sexual desregrada ou como usuário de drogas, por exemplo. Assim, a mera condição de ser portador da doença, mesmo de forma assintomática, já pode provocar a discriminação. Como explica Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2007):

“A AIDS, por seu desenvolvimento ligado à decomposição física, dores abjetas e fatalidade repentina, provocou um verdadeiro pavor social – e consequente repressão a quem trazia a peste à humanidade. As técnicas de exclusão da sociedade, utilizadas à época dos leprosos – de cortar do ‘corpo social’ sadio os corpos infectados – foram substituídas por técnicas que poderíamos denominar panópticas. Trata-se da inserção social perenemente controlada dos ‘pestilentos’. E essa vigilância moral dos considerados seres desviantes das corretas condutas, como os

---

3 Por readaptação funcional deve-se entender a alteração de tarefas a serem desempenhadas pelo trabalhador ou de seu posto de trabalho, afastando-o de atividades insalubres ou daquelas que possam acarretar risco de contaminação pelos colegas de trabalho ou pelo público usuário dos serviços prestados. Há que se diferenciar da “reabilitação profissional” prevista na Lei nº 8.213/91 (arts. 89 e seguintes), que consiste na atividade de (re)capacitação promovida pela Previdência Social, destinada aos trabalhadores incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho e às pessoas portadoras de deficiência.

já aludidos homossexuais, os usuários de drogas injetáveis, as pessoas de vida sexual desregrada e com múltiplos parceiros, etc., permitiu a disseminação de que o reprimir do vírus deveria centrar-se no condenar de quem, ao menos em tese, estivesse apto a transmiti-lo.”

É importante ressaltar que a contaminação pelo vírus HIV pode se dar sem que a ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados “grupos de risco” (RENAULT, 2010, p. 121). Entretanto, a condenação social dos soropositivos, também de caráter moral, se espalha aos locais de trabalho, acarretando tratamentos discriminatórios referentes, principalmente, à manutenção da relação de emprego.

Contudo, afastar os portadores de HIV e AIDS de suas atividades laborativas, mais do que lhes negar o direito fundamental ao trabalho, pode consistir em uma ofensa ao próprio direito à vida e à saúde, já que representa um retorno à época de segregação dos doentes, com a tentativa de sua eliminação do corpo social.

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah afirma que a sociabilização do paciente soropositivo alcançada pelo trabalho tem diversos efeitos benéficos, seja por desconstruir a representação social que se faz do portador ou doente, seja por reconstruir sua autoidentidade, através do trabalho. E completa dizendo que o trabalho “torna-se tão vital quanto a função de gerir a própria sobrevivência física. É o real, único e possível conceito de saúde” (MUÇOUÇAH, 2007).

Ressalta Alice Monteiro de Barros que, para as pessoas infectadas pelo HIV, continuar trabalhando não apenas pode melhorar seu bem-estar físico e mental, pelo caráter de laborterapia, como tem consequências econômicas, consistentes nas repercussões do tempo de serviço nos benefícios previdenciários (BARROS, 2007, p. 22 e 24).

Assim, imperioso o combate aos tratamentos discriminatórios despendidos em relação a portadores de doenças graves, o que pode ser feito aplicando-se todas as normas que vedam, em todos os níveis, a discriminação.

### 3 – NORMAS PROTETIVAS CONTRA DISCRIMINAÇÃO

No Brasil, a proteção dos portadores do HIV contra a discriminação em matéria de emprego não advém de um diploma legal único, mas pode ser extraída a partir de um arcabouço normativo composto por tratados internacionais, normas constitucionais e leis que tutelam, de forma geral, os trabalhadores contra todas as formas de discriminação.

Em nível internacional, são importantes as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>4</sup>, que já em seu preâmbulo menciona que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Destaque-se, no tocante à proteção contra a discriminação, seu artigo II, que proíbe distinções de qualquer espécie, e seu artigo VII, que consagra o princípio da isonomia ao consignar que:

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

Na área trabalhista, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera a proteção contra a discriminação um de seus eixos fundamentais de atuação. Em 1998, sua Declaração sobre os Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho, em seu art. 2º, deixou claro que todos os seus membros têm um compromisso, derivado do fato de pertencer à organização, de observar e promover os princípios relativos aos quatro eixos fundamentais de atuação, sendo um deles a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (item *d*). Em relação a esse eixo, foram erigidas à condição de Convenções Fundamentais da OIT as Convenções ns. 100, sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor, e 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

A Convenção nº 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão<sup>5</sup>, prevê em seu art. 2º, de maneira ampla, a obrigação de se promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, já em seu preâmbulo, afirma que, por seu intermédio, se institui um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outros direitos fundamentais, a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

4 Assinada pelo Brasil em 1948, como Estado-membro da Organização das Nações Unidas.

5 Incorporada formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 62.150/68.

Além disso, o seu art. 3º, IV, situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com o seu art. 5º, *caput*, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” – é a consagração formal do princípio da isonomia (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 135), que se espraia para todas as esferas da vida dos cidadãos brasileiros.

O inciso XLI do mesmo art. 5º estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

No art. 7º do Texto Constitucional, concernente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o inciso XXX proíbe a diferença de salário, de exercício de funções ou de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; o inciso XXXI proíbe a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão em relação ao trabalhador portador de deficiência; o inciso XXXII proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; e o inciso XXXIV assegura a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. São todas normas que vedam a discriminação em matéria de emprego ou profissão.

Em âmbito infraconstitucional, o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) concretiza o direito à não discriminação em matéria salarial, ao dispor que, em idêntica função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário.

De forma mais ampla, a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de toda e qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, listando, em seu art. 1º, a discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. O rol apresentado, entretanto, não é taxativo, já que decorre diretamente do princípio da isonomia, previsto constitucionalmente (VIANA; PIMENTA, 2010), de forma que esta proteção trabalhista pode ser estendida às hipóteses de discriminação contra o portador do HIV e da AIDS<sup>6</sup>.

A partir, portanto, de todas essas normas que tutelam os trabalhadores contra qualquer discriminação em matéria de emprego, pode-se depreender a

---

6 O art. 2º da Lei nº 9.029/95, com enfoque específico na discriminação contra a mulher, criou um tipo penal relacionado à exigência de atestados de gravidez e esterilização ou à indução dessa prática. Ao contrário do afirmado em relação à proteção trabalhista, esse ponto da lei em comento não pode ser aplicado a outras hipóteses de discriminação, já que o direito penal não comporta analogia (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 139).

proteção contra a discriminação dos trabalhadores portadores de doenças graves. Nas palavras de Oscar Ermida Uriarte (1993, p. 56): “no âmbito estritamente laboral, o tratamento do trabalhador portador do HIV, da AIDS, ou de uma enfermidade conexas deve estar presidido pelo princípio da não discriminação” (tradução livre<sup>7</sup>).

No tocante ao caso específico dos portadores do vírus do HIV e da AIDS, o ordenamento jurídico brasileiro possui normas específicas, não diretamente relacionadas à proteção do trabalho, mas concernentes a benefícios concedidos a estes pacientes com o intuito de facilitar seu tratamento.

Como exemplo, o já referido art. 151 da Lei nº 8.213/91, que menciona expressamente a AIDS como uma das doenças que permite a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez independentemente do período de carência.

A Lei nº 7.670/88 estende alguns benefícios especificamente para os portadores da AIDS, incluindo, nos termos do seu art. 1º, II, a possibilidade de levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), independentemente da rescisão do contrato de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que tenha direito.

Em termos de política pública para o tratamento da AIDS, a Lei nº 9.313/96 estabelece, em seu art. 1º, que “os portadores do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”. Segundo Magno Luiz Barbosa (2007, p. 37):

“Os programas desenvolvidos a partir da promulgação dessa Lei tiveram reconhecimento mundial pelo efetivo controle da epidemia e melhoria na qualidade de vida dos pacientes, agora indistintamente assistidos.”

Apesar dos dispositivos legais que concedem ao portador de HIV e ao aidsético alguns benefícios, não há nenhuma menção legal expressa relacionada aos locais de trabalho e à necessária proteção contra a discriminação em matéria de emprego.

---

7 No original: “(...) en el ámbito estrictamente laboral, el tratamiento del trabajador afectado del VIH, del Sida, o de una enfermedad conexas debe estar presidido por el principio de no discriminación” (URIARTE, 1993, p. 56).

*3.1 – Recomendação nº 200 da Organização Internacional do Trabalho sobre HIV e AIDS e o mundo do trabalho*

Atenta às alarmantes situações de discriminação no trabalho aos portadores dessas enfermidades, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou, em 2010, a Recomendação<sup>8</sup> nº 200 sobre HIV e AIDS e o mundo do trabalho, que consiste no primeiro instrumento internacional concernente a essa doença e suas relações com o trabalho.

De acordo com a Diretora do Departamento de Normas da OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, essa Recomendação dá preeminência ao local do trabalho como mecanismo importante por meio do qual a pandemia pode ser tratada (DOUMBIA-HENRY, 2010).

Em palestra proferida no Fórum Internacional sobre Direitos Sociais promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2010, Cleopatra Doumbia-Henry ressaltou o fato de a Recomendação nº 200 ter sido aprovada de forma unânime por todos os 143 Estados-membros, afirmando, ainda, a esperança de que a Recomendação consiga enfrentar “o que acreditamos ser um dos piores tipos de discriminação atualmente existente no mundo do trabalho” (DOUMBIA-HENRY, 2010).

Essa Recomendação estabelece especificamente que o HIV e a AIDS devem ser tratados como uma questão que afeta o local de trabalho.

Em seu artigo 3, o item *c* estabelece que não deverá haver discriminação ou estigmatização de qualquer tipo contra trabalhadores, especialmente aqueles que estão buscando emprego ou a eles estão se candidatando, com base no *status* real ou percebido de soropositividade.

Os artigos 9 e seguintes da Recomendação, que tratam da discriminação e promoção da igualdade de tratamento, dispõem que o *status* de soropositividade, real ou percebido, não pode impedir o acesso igualitário ao emprego, nem influenciar negativamente as condições de trabalho, a remuneração, ou o acesso a benefícios por parte do trabalhador. O artigo 11 estipula especificamente que o *status* de soropositividade não pode ser usado como razão para a demissão de determinado trabalhador que tenha doenças relacionadas ao HIV,

---

8 A Recomendação é um tipo de instrumento normativo internacional de natureza diversa dos Tratados e Convenções Internacionais, já que não é sujeita a ratificação pelos Estados participantes das conferências ou instituições que a adotam. No entanto, as Recomendações editadas pela OIT servem para complementar suas Convenções Internacionais, com normas regulamentares, de cunho programático, que criam para os Estados-membros da Organização uma obrigação de natureza formal: a de submetê-la ao Poder Legislativo para legislar ou adotar outras medidas referentes à matéria versada (SÜSSEKIND, 2000, p. 186).

ao passo que o artigo 13 prevê, ainda, que o portador do HIV deve desfrutar de acomodações apropriadas ou adaptadas em seu local de trabalho.

Essa Recomendação sinaliza o caminho que deve ser traçado para o combate à discriminação, no local de trabalho, aos portadores do HIV e da AIDS, e demonstra a preocupação internacional com a matéria.

#### 4 – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO PORTADOR DE HIV OU OUTRA DOENÇA GRAVE E A SÚMULA Nº 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Como visto, a ordem jurídica brasileira já proíbe, de maneira geral, qualquer forma de discriminação contra os portadores de doenças graves, o que é aplicável também no contexto da relação de emprego.

No entanto, não existe norma legal específica protegendo os trabalhadores em geral e os empregados, em particular, portadores de HIV, AIDS e outras doenças graves contra tratamentos discriminatórios, que podem culminar até com a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Entretanto, como ensina Alice Monteiro de Barros, “a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho” (2007, p. 20).

A partir de diversos casos submetidos à sua apreciação, nos quais se discutia a licitude da dispensa do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução nº 185, de setembro de 2012, editou a já mencionada Súmula nº 443, cujo teor merece ser transcrito novamente:

“Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Resolução nº 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Em consulta aos precedentes que deram origem a essa Súmula, observa-se que, em diversos casos, restou comprovada a prática de atos discriminatórios contra trabalhadores portadores do vírus HIV, que posteriormente tiveram seus contratos de trabalho rescindidos.

É bastante ilustrativo o Processo E-RR-36600-18.2000.5.15.0021<sup>9</sup>. No acórdão proferido pela Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do TST, ficou consignado expressamente que o empregador informou a seus funcionários sobre o fato de ser o reclamante portador do vírus da AIDS, recomendando para que evitassem contato com ele. A segunda testemunha ouvida afirmou que chegou a ouvir encarregados se referirem ao reclamante como uma coisa e que não viam a hora de se verem livres dela.

Em outros processos – como os de ns. RR-61600-92.2005.5.04.0201<sup>10</sup>, RR-1400-20.2004.5.02.0037<sup>11</sup> e E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900<sup>12</sup> – restou registrado que a empresa tinha conhecimento do estado de saúde do trabalhador, não tendo demonstrado que a rescisão contratual foi orientada por outra causa, tornando a dispensa presumidamente discriminatória e arbitrária.

Os precedentes da Súmula nº 443 não se restringem a hipóteses de dispensa de portadores de HIV e AIDS, mas também abarcam situações de trabalhadores portadores de outras doenças graves que foram discriminados e tiveram seus contratos de trabalho rescindidos. Citem-se os Processos RR-18900-65.2003.5.15.0072<sup>13</sup>, no qual foi deferida a reintegração de trabalhador portador de cardiopatia grave; RR-105500-32.2008.5.04.0101<sup>14</sup>, que trata de situação de trabalhador com esquizofrenia; e RR-119500-97.2002.5.09.0007<sup>15</sup>, concernente à dispensa discriminatória de trabalhador acometido por neoplasia.

Assim, em todos esses casos julgados pelo TST, constatou-se que os portadores de doenças graves, em que pese a ausência de incapacidade laborativa,

- 
- 9 Acórdão TST E-RR-36600-18.2000.5.15.0021. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 10 Acórdão TST RR-61600-92.2005.5.04.0201. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22.06.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 01.07.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 11 Acórdão TST E-RR-1400-20.2004.5.02.0037. Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 07.11.07. Primeira Turma. Data de Publicação: 07.12.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 12 Acórdão TST E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900. Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 06.08.07. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 30.11.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 13 Acórdão TST RR-18900-65.2003.5.15.0072. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17.03.2010. Primeira Turma. Data de Publicação: 06.08.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 14 Acórdão TST RR-105500-32.2008.5.04.0101. Red.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Maria Weber. Data de Julgamento: 29.06.2011. Terceira Turma. Data de Publicação: 05.08.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
  - 15 Acórdão TST RR-119500-97.2002.5.09.0007. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 03.08.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 23.03.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ao invés de terem preservado seu direito ao trabalho, eram recorrentemente vítimas de dispensas discriminatórias que se revestiam de aparente legalidade, sob a roupagem da dispensa sem justa causa.

A Súmula nº 443 do TST consagra, portanto, um importante entendimento: considera presumidamente discriminatória a dispensa sem justa causa dos empregados portadores de HIV, AIDS e outras doenças graves.

No contexto brasileiro em que, como em geral se entende<sup>16</sup>, não há, em princípio, proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, a rescisão do contrato de trabalho pode ser feita pelo empregador sem qualquer justificativa, mediante o pagamento das verbas rescisórias correspondentes a essa modalidade de dispensa.

Entretanto, como ressalta Luís Felipe Lopes Boson: “fica, com efeito, difícil para o empregado demonstrar que sua doença foi a causa (encoberta) da dispensa. Já o empregador sempre pode justificar eventual outro motivo para a rescisão” (2010, p. 273).

Assim, a presunção estabelecida serve para atribuir ao empregador o ônus da prova da licitude da dispensa. Dessa forma, no bojo de reclamação trabalhista em que se discuta o caráter discriminatório da dispensa, cabe ao empregador demonstrar os motivos – lícitos – que levaram à rescisão do contrato de trabalho. Cumpre ressaltar que não há que se falar de hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT, mas sim de razões objetivas de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro<sup>17</sup>, que tornaram necessária a dispensa do trabalhador.

Nesses termos, incumbe ao empregador o ônus de alegar e provar, no curso da instrução processual, a ocorrência de fatos e de circunstâncias que permitam ao juiz da causa concluir que a doença do empregado não foi o motivo determinante da rescisão de seu contrato de trabalho sem justo motivo, e sim outras razões consideradas razoáveis, plausíveis e socialmente aceitáveis.

Caso contrário, presume-se a ocorrência de discriminação, pois terá havido a diferenciação do trabalhador para fins de manutenção da relação de emprego sem qualquer base em razões objetivas e não arbitrárias. Trata-se de hipótese de abuso de direito, visto que o exercício do direito de rescisão contratual imotivada, em princípio autorizado por lei, torna-se ilegítimo, por não haver se dado em conformidade com sua finalidade social, sendo maculado pela ilicitude da discriminação.

---

16 Pela literalidade do art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, até a promulgação da lei complementar a que se refere o seu art. 7º, inciso I, a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista nesse dispositivo fica limitada à multa de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

17 Para se utilizar da definição de dispensa arbitrária contida no art. 165 da CLT.

Ressalte-se que não se trata, aqui, da instituição, pela via jurisprudencial, de estabilidade ou garantia de emprego para os trabalhadores portadores de doenças graves.

Como explica Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2007):

“Não sendo confundida com o instituto da estabilidade, a reintegração ao emprego é uma garantia no sentido de não obstar que o trabalhador tocado pelo HIV interrompa suas atividades e continue a perceber sua remuneração, a conviver em sociedade, enquanto tiver condições físicas para fazê-lo. Assim, garante-se também a continuidade da contribuição à Previdência Social, para que, no momento em que não seja mais possível ao doente de AIDS prosseguir, seja-lhe garantido o direito à aposentadoria. E, frise-se, esse limite ao direito potestativo do empregador vem sendo considerado uma presunção discriminatória, quando não comprovado motivo justo para dispensa.”

Nas decisões que serviram como precedentes da Súmula nº 443, foi diretamente enfrentada e rejeitada a alegação defensiva de ausência de estabilidade legal desses trabalhadores. Nos acórdãos, os Ministros do TST deixaram claro que não é apenas a existência de estabilidade legal que permite a concessão de reintegração ao trabalho, visto que esta pode ser deferida com base em outras normas que vedam, em todas as esferas, a discriminação. É o que se pode depreender do seguinte trecho, extraído de um daqueles acórdãos:

“(…) a inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador infectado pelo vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, já que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, *caput* e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-36600-18.2000.5.15.0021. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08)

Nesse mesmo sentido, o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault (2010, p. 126-128) cita acórdão de sua própria lavra, proferido no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no qual identificou a dispensa de empregada aidética com o abuso do direito de rescisão contratual, conforme pode-se depreender do seguinte trecho da ementa:

“Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como

o potestativo de rescisão contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. Com efeito, a proteção à empregada portadora do vírus da AIDS está entranhada na CF, nas leis ordinárias e nos princípios de direito do trabalho, caracterizando-se a despedida antissocial, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00119-2008-091-03-00-3. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Data de Publicação: 18.12.09. Quarta Turma. Divulgação: 17.12.09. DEJT. p. 155)

Assim, não há mais dúvida de que, no âmbito da jurisprudência trabalhista de nosso país, já está definitivamente pacificado o entendimento de que o exercício do direito de rescisão contratual não pode se dar de forma a violar todo o arcabouço jurídico (formado por normas internacionais, constitucionais e legais) que veda a discriminação em matéria de emprego.

## 5 – A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 142 DA SBDI-2 DO TST E A REINTEGRAÇÃO LIMINAR DO EMPREGADO ALVO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

A possibilidade de reintegração do trabalhador portador do vírus do HIV alvo de dispensa discriminatória não é novidade na jurisprudência consolidada do TST, pois tal possibilidade já foi consagrada, desde 2004, pela Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção 2 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-2) do TST:

“OJ Nº 142 DA SBDI-2. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA (DJ 04.05.04)

Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.”

Esse entendimento jurisprudencial consolidado trata dos casos em que, em processos em que se discute a licitude da dispensa de empregado portador do HIV, é concedida antecipação de tutela determinando-se, liminarmente, a reintegração do trabalhador ao seu posto de trabalho.

A Orientação Jurisprudencial em questão não se restringe aos casos dos portadores do vírus HIV, mas diz respeito também à reintegração, via antecipação de tutela, de empregados portadores de doenças profissionais – ou seja, doenças produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade<sup>18</sup> – ou de empregados especialmente protegidos em outras situações específicas, como a de anistiado pela Lei nº 8.878/94<sup>19</sup>, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

Em todos esses casos, nos processos em que se discute a legalidade da dispensa do trabalhador, existindo prova inequívoca e verossimilhança de sua alegação, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu<sup>20</sup>, o magistrado pode antecipar os efeitos da tutela jurisdicional de mérito por ele postulada, determinando a imediata reintegração do trabalhador ao posto de trabalho. Impetrado mandado de segurança contra esse ato do magistrado, a jurisprudência consolidada da SBDI-2 do TST deixou clara a inexistência de direito líquido e certo do impetrante a ser oposto ao ato do juiz que determinou aquela imediata reintegração.

Desse modo, a jurisprudência trabalhista já há muito consagrou a possibilidade da reintegração liminar ou antecipada do empregado portador do vírus HIV dispensado por motivos discriminatórios, tendo servido a Súmula nº 443 para afirmar de forma ainda mais ampla o direito à reintegração do trabalhador discriminado em virtude de sua grave condição de saúde.

## 6 – CONCLUSÃO

A condição de portador de doenças graves, entre elas a AIDS, infelizmente, ainda hoje acarreta uma série de práticas discriminatórias na relação de trabalho, que podem culminar na rescisão do contrato.

---

18 Conforme definição constante no art. 20, I, da Lei nº 8.213/91.

19 “Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido: I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal; II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.”

20 Conforme prevê o art. 273 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT.

A nova Súmula nº 443 do TST consolidou o entendimento jurisprudencial de que a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado portador de doença grave é presumidamente discriminatória, assegurando ao empregado, nos casos em que o empregador não houver demonstrado a ocorrência de outros motivos que justifiquem a rescisão contratual, a declaração de sua invalidade e o consequente direito à reintegração ao posto de trabalho.

Tal entendimento está de acordo com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que vedam todas as formas de discriminação, e com a ideia de que a inserção social do portador do HIV através de sua manutenção no trabalho é essencial para o tratamento e enfrentamento da doença e para a realização de sua dignidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Magno Luiz. *AIDS: o direito e algumas reflexões sobre o seu impacto nas relações de emprego*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho – um enfoque de direito internacional e comparado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 268-278.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal sobre AIDS, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais*. 2013. Disponível em: <[www.aids.gov.br](http://www.aids.gov.br)>. Acesso em: 7 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *RO 00119-2008-091-03-00-3*. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Quarta Turma. Data de Divulgação: 17.12.09. DEJT. p. 155. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900*. Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 06.08.07. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 30.11.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-1400-20.2004.5.02.0037*. Relª Minª Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 07.11.07. Primeira Turma. Data de Publicação: 07.12.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-36600-18.2000.5.15.0021*. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-18900-65.2003.5.15.0072*. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17.03.2010. Primeira Turma. Data de Publicação: 06.08.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-61600-92.2005.5.04.0201*. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22.06.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 01.07.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-105500-32.2008.5.04.0101*. Redª Minª Rosa Maria Weber. Data de Julgamento: 29.06.2011. Terceira Turma. Data de Publicação: 05.08.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-119500-97.2002.5.09.0007*. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 03.08.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 23.03.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 108-117.

DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. Discriminação de gênero, pessoas com necessidades especiais e portadores do HIV-AIDS: a perspectiva da OIT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 4, p. 144-148, out./dez. 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work*. 2010. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/normativeinstrument/wcms\\_194088.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_194088.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2013.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 71, p. 588-597, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho das pessoas com deficiência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 84-107.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Esperando o legisla(Deus) – por que o portador do vírus do HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 118-134.

\_\_\_\_\_; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. AIDS e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 83, p. 48-56, set. 1993.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei nº 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135-142.

# INTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE*

Valerio de Oliveira Mazzuoli\*

## 1 – INTRODUÇÃO

A atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) consiste basicamente na elaboração de *convenções e recomendações* internacionais do trabalho, cuja finalidade é promover justiça social entre os Estados, de maneira equitativa e de modo a que não exista concorrência desleal entre eles<sup>1</sup>. Até 2010 a OIT já havia aprovado 188 convenções e 199 recomendações, as quais versam temas dos mais diversos e dos mais importantes para o cenário jurídico laboral.

Contudo, as convenções e as recomendações são instrumentos jurídicos distintos, merecendo ser analisados separadamente. Tais instrumentos, que examinaremos a seguir, têm sua regulamentação prevista na Constituição da OIT, à qual os Estados ratificantes se comprometeram a cumprir e a fielmente executar. Sua aplicação interna, porém, há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual, havendo conflito entre as disposições internacionais e as de direito interno, deve-se optar pela norma *mais benéfica* ou *mais favorável* ao ser humano sujeito de direitos. É sob esse prisma que se deve compreender a integração das convenções e das recomendações da OIT no Brasil.

## 2 – AS CONVENÇÕES DA OIT

Na gênese, as convenções da OIT tinham por finalidade proteger apenas os trabalhadores da indústria. Posteriormente (por decisão da Corte Permanente

---

\* Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa; doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS; mestre em Direito pela UNESP; professor adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT; membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

1 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1.075-1.091.

de Justiça Internacional, de 1922) atingiram também os trabalhadores agrícolas. Com o passar do tempo, evoluiu-se para a proteção dos trabalhadores tanto do setor público como do privado, passando depois a também atingir os autônomos e cooperados. Atualmente, até mesmo grupos ou sociedades tradicionais, como os índios e povos tribais, são protegidos pelas convenções (destaque-se, v.g., a Convenção nº 169, de 1989). Essa “ação normativa” da OIT tem sido, ao longo dos anos, a *pedra angular* de todo o sistema internacional de proteção ao trabalho e ao trabalhador<sup>2</sup>.

Deve-se, portanto, compreender a mecânica dessas convenções (sua natureza jurídica, modo de elaboração, vigência internacional, etc.) e seu processo de integração à ordem jurídica interna, para depois investigar como há de ser aplicado o princípio *pro homine* quando em jogo a utilização de uma convenção da OIT no Brasil.

### 2.1 – Conceito de convenção

As convenções da OIT são tratados multilaterais abertos<sup>3</sup>, de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional e também outras questões que lhe são conexas.

Por autorização da própria Constituição da OIT, a Conferência Internacional do Trabalho poderá adotar *convenções, recomendações e resoluções*, no que se percebe que o labor da Conferência é essencialmente *normativo* e de *controle*<sup>4</sup>. Abstraindo-se essa última categoria de normas (as *resoluções*), o conjunto normativo consubstanciado nas convenções e nas recomendações da OIT é chamado de *Código Internacional do Trabalho*, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos<sup>5</sup>.

A diferença entre as convenções e as recomendações da OIT é puramente *formal*, uma vez que, materialmente, ambas podem tratar dos mesmos assuntos ou temas. Em sua essência, tais instrumentos nada têm de diferente de outros tratados e declarações internacionais de proteção dos direitos humanos: versam sobre a proteção do trabalho e do trabalhador e um sem-número de matérias a estes coligados, mas, formalmente, ambas se distinguem, uma vez que as *convenções* são tratados internacionais em devida forma e devem ser

2 V. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 176.

3 V. a exceção do art. 21, § 1º, da Constituição da OIT (*infra*).

4 Cf. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 230.

5 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 173.

ratificadas pelos Estados-membros da Organização para que tenham eficácia e aplicabilidade nos seus respectivos direitos internos, ao passo que as *recomendações* não são tratados e visam tão somente sugerir ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu direito interno relativamente às questões que disciplina.

As convenções ratificadas (e em vigor internacional) constituem *fonte formal* de direito, gerando para os cidadãos direitos subjetivos, que podem ser imediatamente aplicáveis (desde que não se trate de norma com conteúdo meramente programático, cuja aplicação fica condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes). É certo que a aplicação imediata das convenções ratificadas tem maior possibilidade jurídica de concretização nos países cujas constituições adotam o *monismo jurídico* na regência das relações entre o direito interno e o direito internacional (como é o caso do Brasil)<sup>6</sup>, mas tal não significa que em outros sistemas não possa o juiz interno aplicar imediatamente uma convenção da OIT quando do exercício (que pode ser até mesmo exercido *ex officio*) do controle da convencionalidade das leis<sup>7</sup>. Já as convenções não ratificadas constituem *fonte material* de direito, na medida em que servem como *modelo* ou como *fonte de inspiração* para o legislador infraconstitucional<sup>8</sup>.

Segundo Américo Plá Rodríguez, em sua obra clássica sobre o tema, as convenções da OIT, no que tange à natureza de suas normas e seus objetivos, podem ser classificadas em quatro tipos: a) convenções de uniformização; b) convenções de princípios; c) convenções de igualdade de direitos; e d) convenções de igualdade de procedimentos<sup>9</sup>. A esses quatro tipos também podem ser adicionadas as chamadas “convenções particulares” (bilaterais ou plurilaterais), como referidas pelo artigo 21, § 1, da Constituição da OIT<sup>10</sup>, que são convenções *fechadas*, restritas aos países que as firmam, em contraposição às *convenções universais*, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, cuja característica principal é a de sempre permanecerem abertas à ratificação

6 V. LEARY, Virginia A. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982. p. 35-41; e MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010. p. 87-89.

7 Sobre essa temática, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

8 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 174.

9 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965. p. 233-235.

10 Eis o que dispõe: “todo projeto que, no escrutínio final, não obtiver dois terços dos votos presentes, poderá ser objeto de uma convenção particular entre os Membros da Organização que o desejarem”.

ou à adesão dos Estados-membros da OIT, ou dos que, porventura, vierem a se tornar parte da Organização<sup>11</sup>.

É oportuno transcrever o artigo 5.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), segundo o qual: “a presente Convenção aplica-se a todo tratado que seja o instrumento constitutivo de uma organização internacional e a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização”. O que pretendeu a Convenção de Viena de 1969 dizer é que, relativamente aos tratados constitutivos de organizações internacionais (como é o caso da Constituição da OIT) e aos tratados concluídos sob os auspícios dessas organizações (a exemplo das convenções da OIT), é a própria Convenção de Viena que deverá ser aplicada, salvo se houver “normas relevantes da organização”, que, nesse caso, são normas *especiais* que se aplicam em detrimento das normas *gerais* contidas na Convenção de Viena de 1969.

## 2.2 – Natureza jurídica das convenções

As convenções internacionais do trabalho pertencem à categoria dos *tratados multilaterais abertos*, uma vez que não têm destinatário certo, estando abertas à ratificação ou à adesão dos países-membros da OIT, ou ainda daqueles que, no futuro, tornar-se-ão partes da Organização. No que tange à substância, à diferença dos tratados firmados entre Estados, que visam (de regra) à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por meta a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao direito interno dos Estados-membros<sup>12</sup>.

Tais convenções integram o que a doutrina chama de *tratados-lei* ou *tratados normativos*, que têm por objetivo fixar normas gerais de direito internacional público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados.

Relativamente à proteção internacional do trabalho, também não se descarta a existência de tratados entre Estados, concluídos nos moldes clássicos conhecíveis pelo direito dos tratados, bilaterais ou multilaterais, versando questões decididas entre eles. Dentre os tratados de que o Brasil é parte em matéria trabalhista, merece destaque o Tratado de Itaipu, concluído com o Paraguai em 26 de abril de 1973, sobre a aplicação de normas trabalhistas às relações de

11 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 182-183.

12 V. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002. p. 1.491. v. 2.

emprego e previdenciárias em Itaipu, assim como o Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul em 1991.

### 2.3 – Método negocial

As convenções da OIT apresentam método negocial distinto das convenções multilaterais em geral, primeiramente, por serem produzidas em foro único: a Conferência Internacional do Trabalho<sup>13</sup>; mas o característico peculiar à negociação de tais convenções está na participação de outras representações para além dos plenipotenciários estatais, ou seja, enquanto da negociação das convenções multilaterais em geral participam apenas *governos*, da negociação daquelas (à Conferência anual da OIT) participam também representantes dos *empregadores* e dos *trabalhadores*. É certo, esclarece Rezek, que os representantes classistas são *designados* pelo governo de origem, mas o são, necessariamente, de acordo com os grêmios profissionais mais representativos das duas classes<sup>14</sup>.

Em suma, a diferença negocial entre as convenções da OIT e outras convenções multilaterais está em não serem discutidas, aprovadas e assinadas somente por representantes *dos Estados* contratantes, mas também por representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

O texto final da convenção é registrado nas atas da correspondente reunião e assinada pelo Presidente da Conferência e pelo Diretor-Geral do *Bureau* Internacional do Trabalho.

Frise-se que, apesar de a Constituição da OIT referir-se à “ratificação” das convenções, o mais correto seria chamar o engajamento do Estado de “adesão” ao tratado multilateral aberto, seguindo a terminologia utilizada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados para a hipótese, pois as convenções da OIT não são firmadas pelos representantes dos Estados que a adotam, mas apenas pelo Presidente da reunião (à Conferência Internacional do Trabalho) e pelo Diretor-Geral do *Bureau*. Em princípio, só se *ratifica* o que anteriormente se *assinou*; como no caso das convenções da OIT não houve assinatura anterior (dos plenipotenciários dos Estados), o que existe tecnicamente é a possibilidade de *adesão* ao texto convencional<sup>15</sup>.

13 Cf. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno. cit.*, p. 99-100, que por esse e outros motivos consideram as convenções internacionais do trabalho como tratados *sui generis*.

14 V. REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 159-160.

15 V. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho. cit.*, p. 211.

## 2.4 – Vigência internacional

Para que uma convenção internacional do trabalho tenha vigência no plano internacional, basta que a mesma seja ratificada por um número determinado de Estados, normalmente previsto na própria convenção, e que tenha havido o decurso de um prazo determinado. Ainda que o Estado já tenha ratificado a convenção, esta não terá qualquer vigor interno se, no momento de sua ratificação, não se encontrar em vigor internacional<sup>16</sup>. Como qualquer outro tratado internacional de que um Estado seja parte, as convenções internacionais do trabalho somente terão vigência interna *depois* de já estarem vigorando no âmbito internacional, não se concebendo que um tratado internacional tenha validade interna em determinado país se o mesmo (que sequer existe como ato jurídico perfeito) ainda não vigora internacionalmente<sup>17</sup>.

Em regra, as convenções da OIT têm estabelecido que a sua vigência internacional terá início após o prazo de *12 meses* do registro de pelo menos duas ratificações no *Bureau* Internacional do Trabalho, competindo ao Diretor-Geral desse *Bureau* comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização. Uma vez em vigor internacional, a convenção obrigará cada um dos seus Estados-partes em relação à OIT, 12 meses após a data em que registrar a respectiva ratificação<sup>18</sup>.

Não obstante poderem ser denunciadas após um período de 10 anos, as convenções da OIT têm vigência indeterminada, caracterizando-se como tratados *permanentes*. São, também, instrumentos *mutualizáveis*, uma vez que a saída de uma parte da convenção não prejudica a execução integral do tratado em relação às demais partes no acordo<sup>19</sup>.

## 2.5 – Integração ao direito brasileiro

Depois de adotadas na Conferência, as convenções internacionais do trabalho seguem basicamente o mesmo trâmite interno de qualquer outro tratado internacional em devida forma celebrado pelo Estado brasileiro, à diferença inicial que tais convenções do trabalho dispensam a formalidade da *assinatura*, visto que a Conferência a *adota*, garantindo a autenticidade do texto apenas

16 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. *cit.*, p. 1.491.

17 Nesse exato sentido, v. CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 318-319. v. II.

18 SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. *cit.*, p. 1.492.

19 Para o entendimento dos tratados mutualizáveis, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: RT, 2011. p. 81.

*duas* assinaturas: a do Presidente e a do Secretário-Geral da Conferência<sup>20</sup>. Afora isso, a integração das convenções da OIT ao direito brasileiro dá-se da mesma forma que qualquer outro tratado, devendo por igual respeitar as regras gerais do direito dos tratados e as normas internas relativas à sua celebração previstas na Constituição, em particular os arts. 84, inciso VIII, e 49, inciso I, que tratam, respectivamente, da competência do Presidente da República para concluir tratados e do Congresso Nacional para referendá-los, autorizando sua posterior ratificação por parte do governo<sup>21</sup>.

Entretanto, no que diz respeito ao caso específico da integração das convenções da OIT no nosso direito interno, algumas peculiaridades se apresentam, causando sérias divergências na doutrina.

Como se sabe, pela teoria geral do direito dos tratados, a submissão de um tratado à autoridade interna competente para referendá-lo não é obrigatória, sendo apenas uma *faculdade* (ou seja, ato discricionário) do Presidente da República. Este, que jamais poderia ter deflagrado o processo de celebração de tratados, tem o poder de decidir se vai ou não submeter o texto do tratado assinado à autoridade (interna) competente, que irá verificar a viabilidade de o país se engajar definitivamente ao tratado anteriormente assinado. Se essa autoridade interna entender viável a participação do país no tratado em questão, aprovará o seu texto autorizando a sua ratificação, que é levada a cabo pelo chefe do Poder Executivo. Essa *ratificação* de competência do governo também é facultativa (discricionária), uma vez que o ato aprobatório da autoridade interna não vincula o Executivo, que poderá ratificar, ou não, o acordo, a depender (no momento da ratificação do tratado, que pode ocorrer anos e anos depois de sua aprovação interna) da conveniência e oportunidade do ato.

O que ocorre é que, relativamente às convenções da OIT, essa processualística não é seguida *in totum*, o que gera dúvidas na doutrina. A confusão tem lugar em virtude da redação do artigo 19, § 5, alínea *b*, da Constituição da OIT, que assim dispõe:

“5. Tratando-se de uma convenção:

b) cada um dos Estados-membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses

20 Cf. REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. cit., p. 160-161; e ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: MRE, 1958. p. 131.

21 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. cit., p. 341-388.

após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.”

O artigo 19, § 5, letra *d*, do mesmo tratado deixa entrever ser obrigatória a ratificação da convenção, quando assim estabelece:

“d) o Estado-membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, *comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção* e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção.” (grifo nosso)

Como se infere dos dispositivos acima transcritos, os Estados-partes nas convenções internacionais do trabalho contraem a obrigação formal de submeter tais convenções à autoridade competente *ex ratione materiae* para aprovar tratados indicada pelo seu direito interno. Essa obrigação em submeter a convenção à autoridade competente, segundo a doutrina mais abalizada, subsiste também na hipótese de os delegados do Estado terem votado contra a sua adoção, não terem participado da reunião, ou ainda no caso de o Estado ter ingressado posteriormente na OIT<sup>22</sup>.

A “autoridade competente” a que se refere o dispositivo deve ser encontrada à luz do que dispõe o texto constitucional de cada país, sendo certo que, no Brasil, tal autoridade é o Poder Legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho no plano nacional<sup>23</sup>. Ora, se nos termos da Constituição brasileira compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, inciso I), bem como legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, *in fine*), e se cabe “ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União” (art. 48, *caput*), sendo ainda de sua competência *exclusiva* “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art.

22 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 195.

23 V. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Idem*, p. 202-203 e p. 206-207, respectivamente; e CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 72. Em idêntico sentido na doutrina argentina, v. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. cit., p. 153-155. Alguns autores, como João Hermes Pereira de Araújo, entendem que a expressão “autoridades competentes” incluiria “tanto o Poder Executivo como o Legislativo” (*A processualística dos atos internacionais*. cit., p. 177). No mesmo sentido, v. HURD, Ian. *International organizations: politics, law, practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 167; para quem: “as autoridades competentes podem ser o legislativo ou o executivo internos, ou (no sistema federal) um governo subnacional, como uma província ou cantão”.

49, inciso I), a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a “autoridade competente” referida pela Constituição da OIT é, no Brasil, o Congresso Nacional. À mesma conclusão já havia chegado a comissão de notáveis para a aplicação das convenções e recomendações, reunida na Conferência Internacional do Trabalho (36ª sessão) realizada em Genebra em 1953: “a expressão ‘autoridade competente’ significa a autoridade que tem o poder de legislar sobre as questões que são objeto da convenção ou da recomendação, que é, na maioria dos casos, o Parlamento”<sup>24</sup>.

A dúvida que surge na doutrina diz respeito à aparente obrigatoriedade de serem tais convenções *ratificadas* pelo Presidente da República, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, tendo em vista que o artigo 19, § 5, alínea *b*, da Constituição da OIT dispõe que, tratando-se de uma convenção, cada Estado-membro “compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (...), a convenção à *autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria*, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza”. Apesar de o tratado da OIT não se referir expressamente à obrigatoriedade dessa ratificação, esta, entretanto, pareceu a Celso de Albuquerque Mello uma consequência lógica, “principalmente levando-se em consideração a natureza social dessas convenções e, ainda, ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que, só tende a se agravar”<sup>25</sup>. Nesse caso, entendeu a referida doutrina que, uma vez referendada a convenção pelo Poder Legislativo, a ratificação do Presidente da República deixaria de ser um ato discricionário para tornar-se obrigatório.

24 V. COURTIN, Michel. La pratique française en matière de ratification et l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. *Annuaire Français de Droit International*, v. 16, Paris, 1970, p. 601.

25 V. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 280; e, também, REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. cit., p. 162; para quem: “obtido que seja o consentimento da ‘autoridade competente’, o governo do Estado-membro *deverá ratificar* a Convenção Internacional do Trabalho, fazendo chegar à secretaria da OIT o pertinente instrumento de ratificação. Quebra-se, assim, por duas vezes, a sistemática usual em que o governo nem está obrigado a *submeter* ao parlamento o projeto de tratado a que não lhe interesse dar sequência, nem tampouco, ocorrendo a submissão e a aprovação, a levar adiante seu primitivo intento, *ratificando* o tratado”. Em sentido contrário, entendendo que os Estados “não são obrigados a ratificar as convenções”, v. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99; e, também, SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. cit., p. 232, que assim leciona: “a obrigatoriedade imposta aos Estados de submeter o texto das convenções aos seus Paramentos não implica uma automática ratificação. Os Estados podem negar-se a fazê-lo. No entanto, os textos poderão servir de orientação para ações governamentais. Do ponto de vista do direito internacional, portanto, as normas oriundas da OIT não devem ser assimiladas a uma legislação internacional, pois dependem de um ato de concordância por parte dos Estados”. V., ainda, MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. cit., p. 59, que entendem que “a submissão [à autoridade competente] não significa ratificação, ainda que o objeto daquela seja possibilitar posteriormente a ratificação”.

Parece lógico que se o Presidente da República é *obrigado* a submeter a convenção internacional do trabalho ao Parlamento, uma vez que este a *aprova*, não há de ser discricionária a posterior ratificação. Perceba-se que o tratado constitutivo da OIT afirma que as convenções deverão ser submetidas às “autoridades competentes” para que estas “a transformem em lei”. Ora, o único órgão capaz de fazer leis é o Poder Legislativo. Não é função típica do Executivo essa tarefa. De forma que a melhor exegese do tratado constitutivo da OIT é a de que ele obriga a submissão das convenções internacionais do trabalho à manifestação do Congresso Nacional, sendo certo que, uma vez referendadas por esse Poder deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Executivo<sup>26</sup>. Essa tese é corroborada pelo próprio artigo 19, § 5, alínea *d*, do tratado constitutivo da OIT, segundo o qual o Estado-membro que tiver obtido o consentimento da autoridade interna competente para aprovar tratados “comunicará ao Diretor-Geral a *ratificação formal da Convenção* e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”.

Portanto, somos da opinião de que, uma vez submetidas ao Congresso Nacional para aprovação, e uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser *obrigatoriamente* ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do artigo 19, § 5, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT. Trata-se de excepcionalíssima exceção (*sic*) no direito internacional público, à faculdade (discricionariedade) da ratificação pelo Chefe do Executivo, que não ocorre ordinariamente na conclusão dos tratados internacionais em geral.

Caso o Congresso Nacional não concorde integralmente com a convenção, poderá transformá-la em lei ou tomar outras medidas, segundo o que entender conveniente, mas sem que haja a possibilidade de ratificação do tratado, salvo a hipótese de o próprio instrumento prever a possibilidade de sua aprovação (e consequente ratificação) parcial.

---

26 Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 77-80. Na lição desse mesmo internacionalista: “devemos assinalar que, com relação ao Convênio da OIT, a ratificação deixa de ser um ato discricionário do Poder Executivo; entretanto, isso não significa que o Estado se veja obrigado a ratificá-la, bastando para não ocorrer tal fato que elas sejam rejeitadas pelo Legislativo. A ratificação permanece como um ato discricionário do Estado, mas deixa de sê-lo por parte do Poder Executivo” (*idem*, p. 80). Para João Hermes Pereira de Araújo, mesmo no caso de o Poder Executivo não julgar oportuna uma convenção, deverá submetê-la ao Congresso Nacional, mas acompanhada de uma Exposição de Motivos solicitando, naturalmente, a sua rejeição; e caso o Congresso não a rejeite, “o Presidente seria obrigado a ratificar a contragosto um ato internacional, pois o mesmo art. 405 do Tratado de Versalhes [antigo correspondente do artigo 19, § 5, alínea *b*, do convênio constitutivo da OIT] torna obrigatória a ratificação dos atos aprovados” (*A processualística dos atos internacionais. cit.*, p. 179).

Frise-se, entretanto, que, segundo alguns autores, a referência feita pela Constituição da OIT relativamente à submissão das convenções às autoridades competentes, a fim de que estas a “transformem em lei” ou “tomem medidas *de outra natureza*”, estaria a permitir, nesse último caso (tomar medidas “de outra natureza”), que autoridades *executivas* (sem a anuência do Congresso Nacional) tomassem tais medidas<sup>27</sup>. Contudo, pensamos que essa interpretação não tem razão de ser, pois, se assim fosse, seria de todo desnecessária a existência de prazo para a submissão à autoridade competente, além do que se tornaria inócua a disposição do artigo 19, § 5, alínea *d*, da Constituição da OIT, segundo a qual “o Estado-membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, *comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da Convenção* e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”. Não teria sentido o governo submeter *a ele próprio* o texto do tratado e, posteriormente, comunicar ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção. Assim, parece evidente que a autoridade competente a que se refere o dispositivo é uma autoridade distinta do próprio governo<sup>28</sup>.

Uma vez depositado (junto ao *Bureau* Internacional do Trabalho) o instrumento de ratificação, em virtude do que prescreve o art. 20 da Constituição da OIT, incumbirá ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicar a ratificação da convenção ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o artigo 102 da ONU, obrigando apenas os Estados-membros que a tiverem ratificado. Mais correto seria dizer que – no caso específico das convenções da OIT – os Estados *aderem* ao tratado multilateral aberto, uma vez que tais convenções não são, em verdade, assinadas pelos plenipotenciários dos Estados, “mas apenas pelo Presidente da reunião da Conferência que as aprovou e pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho”<sup>29</sup>.

Depois de ratificada, a convenção internacional do trabalho é, ainda – como qualquer outro tratado ratificado pelo Brasil –, promulgada por *decreto* do Poder Executivo (indicando-se, nesse instrumento, o número do decreto legislativo do Congresso Nacional que aprovou a convenção e a data do registro de sua ratificação no *Bureau*) e publicada no *Diário Oficial da União*<sup>30</sup>. A necessidade de *promulgação executiva* desses tratados provém de uma *praxe* adotada entre nós desde o Império, não havendo qualquer regra constitucional a exigir tal ato presidencial para que o tratado surta efeitos no plano do direito

27 Nesse sentido, v. VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. José María Treviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 467-469.

28 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los convenios internacionales del trabajo*. cit., p. 262.

29 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 211.

30 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Idem*, p. 213.

interno. Assim sendo, não é irrazoável supor que as convenções internacionais do trabalho têm *aplicação imediata* no ordenamento brasileiro a partir de suas respectivas ratificações (desde que, é claro, já se encontrem em vigor no plano internacional), devendo apenas ser *publicadas* no Diário Oficial da União<sup>31</sup>.

## 2.6 – Incorporação material e formal

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre *direitos humanos*<sup>32</sup> (notadamente direitos sociais), sua integração ao direito brasileiro dá-se com o *status* de norma materialmente constitucional, em virtude da regra insculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que assim dispõe:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Caso se pretenda atribuir hierarquia de norma constitucional *formal* a tais convenções, basta aprová-las (antes de sua ratificação) pelo *quorum* que estabelece o § 3º do mesmo dispositivo constitucional, fruto da EC nº 45/04, que assim estabelece:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão [depois de ratificados] equivalentes às emendas constitucionais.”

Segundo o nosso entendimento, o § 3º do art. 5º da Constituição, acima transcrito, não retira o *status* de norma constitucional que os tratados de direitos humanos já têm em razão do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Para nós, o que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 faz é, simplesmente, permitir que, além de materialmente constitucionais, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam, também, *formalmente constitucionais*<sup>33</sup>.

31 Cf. LEARY, Virginia A. *International labour conventions and national law... cit.*, p. 44-50.

32 V. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno. cit.*, p. 89. Cf., em paralelo, RUSSOMANO, Mozart Victor. Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, Curitiba, maio 1994, p. 457-463.

33 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005, p. 89-109; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. cit.*, p. 57-76.

Assim, as convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil, para além do seu *status* materialmente constitucional, poderão, ainda, ter os efeitos formais das emendas constitucionais, caso aprovadas pela maioria qualificada (e em dois turnos) do Congresso Nacional antes de ratificadas.

O *status* materialmente constitucional das convenções internacionais do trabalho reforça o argumento de sua aplicabilidade *imediata* a partir das respectivas ratificações, obrigando os juízes e tribunais do trabalho a aplicá-las a partir daí (desde que já em vigor no plano internacional) em quaisquer casos concretos *sub judice*, ou seja, uma vez ratificadas, deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento *imediato* das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter *programático*, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes<sup>34</sup>. Esse exercício que deve fazer o juiz – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do que se denomina *controle da convencionalidade* das leis na modalidade *difusa*<sup>35</sup>.

Caso não se entenda que as convenções da OIT têm hierarquia de norma constitucional no Brasil, não se pode deixar de atribuir-lhes o nível, no mínimo, *supralegal*<sup>36</sup>, a partir da decisão do STF no RE 466.343-1/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008<sup>37</sup>. De uma forma ou de outra, a superioridade hierárquica das convenções da OIT relativamente às leis ordinárias terá repercussão na aplicação judiciária de diversas normas do art. 7º da Constituição Brasileira de 1988 (direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) combinadas com os direitos previstos nas convenções adotadas pelo Brasil<sup>38</sup>.

34 Cf. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno. cit.*, p. 68-69.

35 Se forem tais convenções da OIT aprovadas pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Carta de 1988, poderão, ainda (após ratificadas), servir de paradigma ao controle *concentrado* de convencionalidade perante o STF.

36 Assim é na Argentina, depois da reforma constitucional de 1994. De fato, prevê o artigo 75, inciso 22, da Constituição argentina que “os tratados e concordatas têm hierarquia *superior* às leis”. Portanto, na Argentina, as convenções da OIT têm, *no mínimo*, hierarquia *supralegal*. Perceba-se que o mesmo artigo 75, inciso 22, da Constituição argentina, atribui expresso *nível constitucional* a vários instrumentos de direitos humanos nominalmente citados (v.g., a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; as Convenções contra o Genocídio, a Tortura e a Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; e a Convenção sobre os Direitos da Criança). O legislador argentino não incluiu nesse rol as convenções da OIT. Porém, a última parte do dispositivo deixa entrever que *outros tratados* de direitos humanos (v.g., as convenções da OIT) poderão atingir o dito *nível constitucional* se aprovados por dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Congresso Nacional.

37 Para as nossas críticas à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, e em defesa do *status* constitucional desses instrumentos ao nosso direito interno, v. o nosso estudo: O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 378, *cit.*, p. 89-109.

38 Cf. CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo. cit.*, p. 74.

## 2.7 – Primazia da norma mais favorável (princípio pro homine)

Não obstante a reforma do texto constitucional brasileiro, pela EC nº 45/04, ter autorizado a integração formal de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (como é o caso das convenções da OIT) no ordenamento jurídico nacional, ainda assim pensamos que, em havendo conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais, deverá prevalecer a norma *mais favorável* ao ser humano, em homenagem ao princípio *pro homine*<sup>39</sup>. Sendo um dos propósitos da OIT a universalização das regras trabalhistas, não seria bom para o trabalhador que eventuais normas das convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho fossem *menos favoráveis* à proteção dos seus direitos em relação às normas do direito interno de seu país. Daí ter a Constituição da OIT prescrito expressamente, no § 8 do seu artigo 19, que:

“8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições *mais favoráveis* que as previstas pela convenção ou recomendação.”

Essa disposição é exemplo do que chamamos de “cláusula de diálogo” ou “vaso comunicante” (ou ainda “cláusula de retroalimentação”) entre o direito internacional dos direitos humanos (no caso, o direito internacional do trabalho) e outras normas de proteção (v.g., o direito interno do Estado, seja escrito ou costumeiro, etc.)<sup>40</sup>. Tais *cláusulas* são aquelas presentes nos tratados contemporâneos de direitos humanos que interligam a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos e fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” para resolver – eles próprios – qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* deverão prevalecer concomitantemente) quando presente uma situação de antinomia<sup>41</sup>. Aliás, pode-se dizer que o artigo 19, § 8, da Constituição da OIT é uma cláusula de diálogo *especial*, vez que, como se nota, ultrapassa aquilo que

39 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105 e p. 118-120, respectivamente. Para idêntica discussão no direito argentino, v. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. cit., p. 36-38.

40 Para um estudo completo dessas “cláusulas de diálogo” entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. cit., p. 116-128.

41 Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 259.

concerne exclusivamente às *leis*, para também dizer respeito às *sentenças*, *costumes* ou *acordos* que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação. Daí a possibilidade de uma norma jurídica interna – assim como uma sentença, ou um costume ou eventual acordo – ser aplicada em detrimento do estabelecido por uma convenção ou recomendação internacional do trabalho, uma vez que o princípio adotado pela OIT não é a primazia das normas internacionais do trabalho sobre o direito interno estatal, mas a prevalência da norma *mais favorável ao trabalhador*.

Frise-se, assim, que o artigo 19, § 8, da Constituição da OIT é *mais amplo* que o conhecido artigo 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que prevê que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos *em virtude de leis* de qualquer dos Estados-partes ou *em virtude de Convenções* em que seja parte um dos referidos Estados”. Ora, se a Convenção Americana não exclui a possibilidade de *leis internas* ou outras *convenções internacionais* ampliarem o seu âmbito material de incidência, a fim de garantir *para mais* os direitos e liberdades nela reconhecidos, a Constituição da OIT, como se nota, vai mais além e autoriza que também uma *sentença*, um *costume* ou um eventual *acordo* que amplie as garantias trabalhistas consagradas em qualquer convenção ou recomendação internacional do trabalho tenha sua aplicação garantida em detrimento da própria convenção ou recomendação em causa. Daí, como pensamos, tratar-se de um dispositivo *especial* dentre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>42</sup>.

Na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice*, deve o magistrado trabalhista primar por verificar qual a norma *mais benéfica* ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna. Ao “escutar” o que as fontes dizem – para falar como Erik Jayme<sup>43</sup> –, deve o juiz optar pela aplicação da norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa. Tal é exatamente o sentido e o conteúdo do princípio *pro homine*, que abre as possibilidades de o julgador decidir com mais justiça um caso concreto, sem restar “preso” a critérios previamente definidos de solução de antinomias.

42 Normas como esta em análise reforçam a ideia de que cabe aos juristas em geral (e aos aplicadores do direito, em especial) compreender o diálogo que todas as fontes jurídicas mantêm entre si, a fim de aplicar sempre a que *mais proteja* o ser humano em um dado caso concreto.

43 Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration... cit.*, p. 259.

## 2.8 – Interpretação das convenções

Por fim, é necessário registrar que o artigo 37, §§ 1 e 2, da Constituição da OIT prevê dois procedimentos para a resolução das dificuldades relativas à interpretação da própria Constituição e das convenções internacionais do trabalho adotadas pela Conferência. Nos termos do § 1 do citado dispositivo, “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição e das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça”, mas, não obstante o disposto nesse parágrafo, diz ainda a Constituição da OIT que o Conselho de Administração poderá “formular e submeter à aprovação da Conferência, regras destinadas a instituir um tribunal para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção” (artigo 37, § 2). Esse tribunal especial da OIT, criado em virtude deste § 2 do artigo 37, deverá regular seus atos pelas decisões ou pareceres consultivos da CIJ, devendo qualquer sentença por ele pronunciada ser comunicada aos Estados-membros da OIT, cujas observações, a ela relativas, serão transmitidas à Conferência.

## 3 – AS RECOMENDAÇÕES DA OIT

Para além das *convenções*, a atividade normativa da OIT compreende também a celebração de *recomendações* internacionais do trabalho. Tais instrumentos distinguem-se das convenções tão somente sob o aspecto *formal*, uma vez que, como já se disse, ambas podem tratar dos mesmos assuntos sob o enfoque *material*. Enquanto as *convenções* são tratados internacionais em sentido estrito, as *recomendações* não são tratados e visam tão somente *sugerir* ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu direito interno relativamente às questões que disciplina.

Assim como se fez relativamente às convenções da OIT, é também importante verificar o que são propriamente as recomendações, qual sua natureza jurídica e como se integram ao ordenamento jurídico pátrio.

### 3.1 – Conceito de recomendação

As *recomendações* da OIT são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção. A criação de uma recomendação pode dar-se, dentre outros motivos, pelo

fato de as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões. Portanto, em regra, o acordo constitutivo da OIT visa à criação de *convenções*, determinando, contudo, que a proposição examinada terá a forma de uma *recomendação*, caso a questão tratada, ou algum dos seus aspectos, não se preste, no momento, para a adoção de uma convenção (artigo 19, § 1).

Segundo Valticos, é possível distinguir três funções principais das recomendações: *a)* regulamentar certo assunto ainda não suficientemente discutido para ser versado numa convenção; *b)* servir de complemento a uma convenção, sendo útil, v.g., como inspiração aos governos sobre determinado tema; e *c)* auxiliar as administrações nacionais na elaboração de legislação uniforme sobre a matéria (deixando-as, porém, à vontade para implementar as adaptações que sejam necessárias de acordo com o direito local)<sup>44</sup>.

Tais recomendações, entretanto, apresentam certas peculiaridades, que as transformam em verdadeiras normas internacionais *sui generis*. Ao contrário do que sucede com as demais recomendações conhecidas em direito internacional público, que não criam obrigações jurídicas para os Estados que as adotam, as recomendações da OIT caracterizam-se por impor aos Estados-membros dessa organização internacional certas obrigações, ainda que de caráter *formal*. Tal decorre do estatuído no artigo 19, § 6, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT, que *obriga* cada um dos seus Estados-membros submeter a recomendação à autoridade interna competente para que esta, baseando-se na conveniência e oportunidade da recomendação, a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza em relação a matéria nela versada. Aos Estados-membros da Organização, nos termos do mesmo dispositivo, compete, ainda, informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação, devendo também precisar nessas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar os dispositivos da recomendação, e indicar as modificações desses dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.

Eis a redação do artigo 19, § 6, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT, que merecem ser transcritos:

---

44 Cf. VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. cit., p. 234-235. Ainda sobre o tema, v. FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 150, Brasília, Senado Federal, abr./jun. 2001, p. 195-404.

“6. Em se tratando de uma recomendação:

(...)

b) cada um dos Estados-membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.

(...)

d) além da obrigação de submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, o Membro só terá a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação. Deverá também precisar nestas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.”

Portanto, a peculiaridade das recomendações da OIT – não obstante elas não serem tratados, estando dispensadas de ratificação – consiste no fato de serem elas *obrigatoriamente* submetidas à “autoridade competente” (que, no Brasil, como já se disse, é o Congresso Nacional), ao contrário do que sucede com as demais recomendações votadas na maioria das conferências e congressos internacionais, que depois de assinadas já passam a valer internacionalmente. Tal peculiaridade torna a recomendação da OIT norma internacional *sui generis*, que cumprirá a função de fonte *material* de direito<sup>45</sup>.

Não existe também a obrigatoriedade de as recomendações da OIT serem promulgadas internamente. Não obstante isso, o Decreto nº 3.597, de 12 de janeiro de 2000, promulgou a Recomendação nº 190 da OIT.

### 3.2 – Natureza jurídica

As recomendações distinguem-se das convenções internacionais do trabalho apenas sob o aspecto *formal*, e não do ponto de vista *material*, como já falamos. Assim, ainda que ambas possam cuidar de assuntos semelhantes, apenas as convenções devem ser *ratificadas* pelos Estados-membros da OIT,

---

45 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 186-187; e RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los convenios internacionales del trabajo*. cit., p. 237.

o que significa dizer que as recomendações não têm de passar pelos mesmos trâmites internos pelos quais deve passar um tratado internacional para a sua efetiva integração ao direito brasileiro. Disso se deduz que, ao contrário das convenções, as chamadas *recomendações* da OIT não pertencem à categoria jurídica dos tratados internacionais. São, como o próprio nome está a indicar, propostas e sugestões feitas aos seus Estados-membros relativamente a questões ligadas ao direito do trabalho não estabelecidas em convenções internacionais<sup>46</sup>. Não sendo tratados, as recomendações – repita-se – estão dispensadas de percorrer todo o procedimento (interno e internacional) relativo à conclusão dos acordos internacionais em devida forma.

Contudo, como já se observou, apesar de estarem destituídas da natureza jurídica de *tratados*, as recomendações da OIT não estão dispensadas de serem submetidas à “autoridade competente” para que esta as transforme em lei ou tome medidas de outra natureza relativamente à matéria nelas versada. Assim, tanto as convenções como as recomendações da OIT, devem ser submetidas ao Congresso Nacional para que este, no primeiro caso, autorize a sua ratificação e, no segundo, analise a viabilidade de se adotar as normas constantes da recomendação. Dessa forma, se o Congresso Nacional (no caso brasileiro) tem a intenção de transformar em direito interno os princípios e regras constantes da recomendação, deve adotar uma *lei especial* em que contenham tais disposições da recomendação, o que não seria necessário no caso das convenções, as quais, uma vez aprovadas pelo Parlamento, já ingressariam automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro após ratificadas e uma vez em vigor no plano internacional<sup>47</sup>.

### 3.3 – Integração ao direito brasileiro

Estando destituídas da natureza de *tratados*, em princípio não se poderia falar em verdadeira *integração* das recomendações da OIT no direito interno brasileiro. Contudo, como já se viu, a Constituição da OIT impõe certas obrigações formais aos seus Estados-membros, sobretudo a de submeter as recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho à autoridade interna competente para a sua análise. Portanto, no caso específico das

---

46 Para alguns autores, como René Mirolo e Patricia Sansinena, as recomendações da OIT têm apenas “força moral orientadora”, à diferença das convenções, que criam “obrigações jurídicas de fundo, tão logo sejam ratificadas” (*Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno. cit.*, p. 59). No mesmo sentido, v. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais. cit.*, p. 230, para quem: “ao contrário das convenções, as recomendações não possuem um efeito vinculante e tampouco implicam obrigatoriedade para os Estados. São elas manifestações que têm o peso de aconselhamento, e não de imposição. Contudo, o fato de redigi-las e divulgá-las cria um ambiente favorável ao encaminhamento de soluções que, porém, originam-se na vontade dos Estados”.

47 Cf. DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. México: Porrúa, 1943. v. 1. p. 280.

recomendações da OIT – ao contrário das demais recomendações conhecidas pelo direito internacional em geral –, tal integração formal existe, devendo ser respeitado o que dispõe a Constituição da OIT.

Assim, sob o aspecto formal, tanto as convenções da OIT quanto as suas recomendações, depois de firmadas, devem ser submetidas, no caso brasileiro, ao crivo do Congresso Nacional, para que este, no caso das convenções, autorize a sua ratificação – que é ato próprio do Presidente da República – e, no das recomendações, adote medidas legislativas relativamente às disposições constantes de seu texto (ou seja, as transforme em *lei*) ou tome medidas de outra natureza. Caso o Congresso Nacional pretenda transformá-las em lei, total ou parcialmente, deverá enviar o respectivo projeto de lei para a sanção do Presidente da República, momento a partir do qual suas normas serão transformadas em norma de direito interno, mas, como lembra Arnaldo Süssekind, quando “a recomendação versar matéria da competência dos decretos executivos ou regulamentares, caberá apenas ao Presidente da República adotar as medidas adequadas que entender (art. 84, inciso IV, da CF)”<sup>48</sup>.

Ainda no caso das recomendações, outra diferença é que o Estado-membro não está obrigado a enviar ao *Bureau* Internacional do Trabalho relatórios anuais sobre a sua aplicação no país, ainda que suas regras correspondam à legislação nacional, cumprindo-lhe somente esclarecer, quando solicitado pelo Diretor-Geral do *Bureau*, qual o estado atual de sua legislação e a prática relativa à matéria versada na recomendação, precisando em que medida ela foi posta em execução ou em que medida pretende executá-la e, também, quais as modificações que considera necessárias para poder adotar e aplicar as suas normas, nos termos do artigo 19, § 6, alínea *d*, da Constituição da OIT<sup>49</sup>.

As recomendações da OIT servem ainda de fonte de inspiração ao legislador nacional para que adote os parâmetros mínimos de proteção propostos pela Organização Internacional do Trabalho. Porém, havendo disposição interna *mais benéfica* aos seres humanos (trabalhadores) sujeitos de direito, as recomendações (assim como as convenções) cedem às normas internas mais benéficas, em homenagem ao princípio *pro homine*.

#### 4 – CONCLUSÃO

A integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil – assim como a de quaisquer tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado – deve atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual o intérprete deve sempre optar

48 SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. 2. cit., p. 1.500.

49 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. cit., p. 208-209.

pela aplicação da norma *mais favorável* ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos. Como se viu, há na Constituição da OIT (artigo 19, § 8) preceito segundo o qual em caso algum a adoção “de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. Essa “cláusula de diálogo” (ou “vaso comunicante”) convencional permite que se aplique sempre a norma *mais favorável* num caso concreto, técnica de solução de controvérsias inspirada no princípio *pro homine*.

No que tange especificamente às *convenções* da OIT, conclui-se que sua integração ao direito brasileiro dá-se com o *status* (no mínimo) materialmente constitucional, com aplicação *imediata* a partir da respectiva ratificação (desde que a convenção já esteja em vigor internacional). Tal significa que os juízes e tribunais do trabalho já estão obrigados a aplicar ditas convenções a partir daí em quaisquer casos concretos *sub judice*. Uma vez ratificadas, deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento *imediato* das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter *programático*, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes.

O exercício que há de fazer o magistrado trabalhista – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do chamado *controle de convencionalidade* das leis na modalidade *difusa*. Assim procedendo, estará o magistrado respeitando o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) tem ordenado: que os juízes e tribunais nacionais controlem, em primeira mão, a convencionalidade das leis locais em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país<sup>50</sup>.

Tratando-se de instrumentos internacionais de direitos humanos, a aplicação das convenções e recomendações da OIT no plano do direito doméstico há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma que, no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos.

## 5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: MRE, 1958.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. II.

---

50 V. CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. *Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

COURTIN, Michel. La pratique française en matière de ratification et l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. *Annuaire Français de Droit International*, v. 16, Paris, 1970.

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 2. ed. México: Porrúa, 1943. v. 1.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 150, Brasília, Senado Federal, abr./jun. 2001, p. 195-404.

HURD, Ian. *International organizations: politics, law, practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995).

LEARY, Virginia A. *International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito dos tratados*. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005, p. 89-109.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la O.I.T. en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna. *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, Curitiba, maio 1994, p. 457-463.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1986.

\_\_\_\_\_; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.

VALTICOS, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Trad. José María Treviño. Madrid: Tecnos, 1977.

---

## Notas e Comentários

---



# TST EMPOSSA MINISTRO CLÁUDIO BRANDÃO

O TST empossou o ministro Cláudio Mascarenhas Brandão no dia 27 de agosto. A cerimônia foi conduzida pelo presidente do Tribunal, ministro Carlos Alberto Reis de Paula, e contou com a presença de ministros do TST e de outros tribunais superiores. Também participaram do evento o governador da Bahia, Jaques Wagner, o presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves (PMDB/RN), o prefeito de Salvador, Antônio Carlos Magalhães Neto, o advogado-geral da União, ministro Luís Inácio Adams, o ministro dos Transportes, César Borges, e o ministro da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage.

Cláudio Mascarenhas Brandão nasceu em Ruy Barbosa (BA), em 3 de abril de 1961. Graduiu-se pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), em Ilhéus, em 1985. É mestre em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), em 2005. Atuou como Juiz Substituto em várias Juntas de Salvador, do interior do Estado da Bahia e em Sergipe (1986 a 1989). Em 2004, tomou posse como desembargador do trabalho no TRT da 5ª Região.

Exerceu a vice-presidência da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra. Participou também da diretoria da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e, na Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Amatra 5, foi diretor de cultura, vice-presidente e duas vezes presidente, em mandatos alternados. Integrou, como voluntário, a Comissão Nacional de Coordenação do Programa Trabalho, Justiça e Cidadania, responsável pela Cartilha do Trabalhador, e colaborou na elaboração da Cartilha do Trabalho Seguro e Saudável, ambos projetos da Anamatra.

É membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho, da Associação Iberoamericana de Derecho del Trabajo e autor dos livros *Direito do Trabalho – Apontamentos para Concurso*, *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador* e *Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas*, este último em coautoria com o desembargador Raymundo Pinto.

Professor de Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa. Foi professor de Direito do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito; professor convidado da Escola Judicial do TRT da 5ª Região, do Podivm – Centro de Preparação e Estudos Jurídicos, da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes – OAB/BA e da Fundação Faculdade de Direito da Bahia, da Universidade Federal da Bahia. Integrou a Comissão de Avaliação dos Projetos de Informatização da Justiça do Trabalho do Conselho Superior

da Justiça do Trabalho (2007/2009) e o Comitê de Gestão dos Sistemas Informatizados do Poder Judiciário do Conselho Nacional de Justiça (2008/2009). Foi coordenador dos Comitês Gestores de Tecnologia da Informação e das Comunicações e do Processo Judicial Eletrônico, ambos do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (2011/2013), e integrou o Comitê Gestor do Processo Judicial Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (2011/2013).

Como desembargador do TRT da 5ª Região, foi presidente da 2ª Turma, da Seção Especializada em Dissídios Individuais II e da Comissão de Informática do TRT da 5ª Região (2005/2007 e 2009/2013). Integrou a Seção Especializada em Dissídios Coletivos e o Órgão Especial e foi vice-diretor da Escola Judicial.



